ALBERTI BOLOGNETI AD RVB. DIG. DE VERBORVM OBLIGATIONIBVS COMMENTARIA

IN QVIBVS PRINCIPIORVM. ac quæstionum fermè omnium, quæ ad hanc materiam pertinent, paradoxicæ explicationes continentur.

Ex legato Ill.mi Cosini

ROMÆ
Apud Hæredes Antonij Bladij Impressores Camerales.
Anno. M. D. LXX.

ARGVMENTA OMNIVM CAPITVM QVÆ IN HOC LIBRO CONTINETVR.

a 2 CAP.

CAP.

qua non

FINIS.

INDEX
VOCVM ET SENTENTIARVM
IN RBVR. DIG. DE VERBORVM
OBLIGATIONIBVS.

A

in

B

C.

Contractus

D

Differentia

E

Exceptio

F

N

Noua-

O

Obliga-

Ordo

P

Pollicita-

Q

R

Reipu-

S

Stipu

T

V

Verba

FINIS.

ALBERTI BOLOGNETI BONON. I.C.

AD RVBR. DE VERBORVM OBLIGATIONIBVS COMMENTARIA.

ARGVM.

NON esse illorum interpretum consilium improbandum, qui hìc non tantùm obligationes tractarint stipulatione contractas, sed & alias omnes, nonnullis generatim de ijs propositis quæstionibus, complexi fuerint.

1 Earum rerum vtilitas, quæ in hac rubrica tractantur.
2 Obligationum series quàm late pateat.
3 Obligationum principia ex intimis naturæ quasi latebris depromenda.
4 Aliorum interpretũ qui in hanc rub. scripsere, vt sententiæ non prorsus videntur recipiendæ, ita nec rerum tractandarum ratio planè imitanda.

CAPVT. I.

TAMETSI Rubricæ huius inscriptio, quam nobis explicare propositum est, nihil aliud videtur postulare, quàm vt de obligationibus illis sermo instituatur, quæ adhibita verborum solemnitate contrahuntur, qui tamen hucusq; aliquanto accuratius illam interpretati sunt, recentioresq; præsertim nequaq̃ sese intra hos limites cõtinuerunt, sed omnes planè complexi obligationes, atq; hanc densissimam quasi syluam penitus ingressi, ex ijs omnibus quęcunq; à Iustiniano, veteribusq; Iurisconsultis in eam ipsam congesta fuere, pulcherrima quæq;, ac difficillima delegerunt, eaq; tanto apparatu sibi statuerunt explicanda, vt qui omne studium suum in iure discendo collocarunt, si vel
1 ea tantùm, quæ in hac vna rubrica tractantur, iam perceperint, penitusq; enodauerint, verè se illi totius susceptæ prouinciæ magnam partem confecisse existimare debeant. Quemadmodum & contra certum illis, ac persuasum esse debet ita fore, vt si fortasse his ex rebus, quibus obligationum præcepta, ac regulæ continentur, aliquid ignorarint, aut in ijs à veritatis semita, vel tantillum, declinauerint, tum quanto longius progrediantur, tanto maiores, ac magis inexplicabiles incidant in errores, quibus quasi Mæandris quibusdam, ac viarum ambagibus implicati, semper confusi, & incerti hæsitabunt, ac neq; in his ipsis, neq; alijs etiam in rebus, quæ modò legum explicationem attingant, satis commodè vnq̃ ad ueritatis lucem peruenire poterunt. Nec sanè est, quod mirum hoc cuiq̃ videri debeat, siquidem obligationum series latissimè
2 patet, & non ad solos contractus pertinet, sed & ad vltimas voluntates, ad iudicia, ad actiones, ad præscriptiones, & deniq; quocunq; animum, & cogitationem conuerteris, ibi semper obligationem tibi occurrere videbis. Quicquid enim cum quoppiam agas siue per te, siue per alium, siue iure, siue iniuria, quicquid in controuersiã reuoces, (quod modò à legibus, foriq; disceptatione nõ sit alienum) in eo ferè semper de obligationibus disputare, earumq; vim expendere cõtinget, vt illud propemodũ affirmari

possit, legis nomen non latius patere, quàm obligationis, cuius vim, & naturam omnem qui penitus non tenuerit, quantum illi in hac iurisſcientia ſit tribuendum, ex hoc ipſo tàm clarum, ac perſpicuum fit, vt id à nobis latius demonſtrari minime oporteat. Ego certè aliorum interpretum inſtitutum, qui hìc non ſpeciatim obligationes tantùm ſtipulatione contractas, ſed generatim alias quoq; omnes interpretatione complecti voluerint, nõ poſſum nõ ſummopere approbare, idq; nõ ea tantũ de cauſa, quod ita cõparatum ſit, vt genere ipſo non planè cognito, atq; perſpecto, neq; eas quę generi ſubijciuntur ſpecies, ſatis rectè cognoſcere valeamus, ſed etiam quia id commodiſſimũ fuiſſe video, vt obligationũ vires, principia, & progreſſiones, & deniq; omnia, quæ in hac to
3 ta materia obligationũ inſigniora erant, atq; ex intimis naturæ noſtræ quaſi latebris deprompta, quæ nobis Iuſtinianus variis in titulis diſperſa reliquerat, colligerẽtur in vnũ, ac velut pretioſiſſimarum rerum theſauri hoc vno rubricæ libello conderentur. Verùm vti eorum inſtitutum maxime probo, ita quam ipſi ſeruarunt in his rebus tractandis rationem, & modum non prorſus probare poſſum; Vt enim omittam, quas in dirimẽdis quæſtionibus afferant ſententias, quàm abſurdas illas, atq; à veritatis ſcopo (niſi ego fallor) alienas, quis non videat hæc ab illis ità tractari, vt nec caput, nec pedes, aliauè
4 mẽbra certæ alicui formæ reddãtur? Nã quæ primo initio debuerant explicari, totamq; facilè materiã illuſtrare potuiſſent, ea illi vel prorſus omittunt, vel alienũ in locũ reiecta planè contemnunt. Multa etiã ſæpe ponunt, quæ partim falſa ſunt, partim ita dubia, vt accuratam, ac diligentem probationem deſideraſſent. Contra verò multa ſunt inania, ac nullius ferè momenti, quæ tamen eos mirum in modum torquent, & excruciant, diutiſſimèq; detinent, dum illis in explicandis miſerè inſudant, perq; ſummam pertinaciam inter ſe rixantur, atq; contendunt. Itaq; nos anteaq̃ ad verborum obligationes deueniamus, de obligationibus generatim, atq; in vniuerſum ita agemus, vt quo nomine alios damnamus, eodem nos ipſi reprehendi non poſſimus.

ARGV.

LAtiſſimè quidem obligationis nomen patere, verùm in hac materia eas tantùm à Iuriſconſultis appellari obligationes, quæ vel ex delictis, vel ex conuentionibus proficiſcuntur.

1 Latiſſimè ſumitur obligatio pro eo vinculo, quod ex quocunq; præcepto oritur, ſeu ciuili ſeu naturali.
2 Præcepti, ac prohibitionis eadẽ propè vis.
3 Obligationem in latiſſima ſignificatione ſumptam nec definiendo, nec diuidendo Iuſtinianus complexus eſt.
4 Obligationis latiſſimè ſumptæ diuiſiones
5 Cuiuſmodi obligationes ſint, quas dicit Ariſtoteles in virtutis, ac malitiæ exuperantia eſſe poſitas.
6 Ad vniuerſalem potius, quã ad particularem iuſtitiam pertinere eas obligationes, quæ a ſola natura abſq; vllius facti noſtri adminiculo prodeunt.
7 Earum obligationum, quę ex noſtris actionibus prodeunt, duo genera.
8 In obligatione, quam vocãt antidoralem, nõ ſolius iuſtitiæ particularis, ſed & aliarum virtutum nos præſidio vti.
9 Minutij in Fabiũ dictatorem grati animi ſignificatio.
10 Nobilis Darij remunerario, ob quam ferunt Syloſontis clamydem antiquo prouerbio celebratam.
11 Quæ à Iuriſconſultis in hac materia tractantur obligationes, particularis iuſtitiæ limites non egrediuntur.

CAP. II.

PRINCIPIÒ autem videndum est cum dicimus obligationem, quidnam hoc ipso nomine significemus. Solet accipi hoc nomẽ in latissima quadam significa-
1 tione, vt obligatio sit, quæ ex quocunq; seu ciuili, seu naturali præcepto proficiscitur, & hoc modo obligatio etiam erit, quod Deum colere debeamus, quod ferre auxilium patriæ, quod parentibus honorem habere, ad hęc enim omnia, quæ nobis na-
2 tura præcipit, natura ipsa obligamur. Quod de pręcepto dicimus de prohibitione quoq; affirmãdum est, si quidem subiecto conueniunt præceptũ, & prohibitio, quamuis ratione differant, quoties enim pręcipitur aliquid, eius semper contrarium prohibetur, item quoties aliquid interdicitur, ab eo ipso vt abstineamus nobis simul imperatur. Quare solum erit ius quod in permissione positum est, in quo obligationem non reperias. Verùm nec Iustinianus, neq; alij vlli iurisconsulti in tota obligationũ materia hoc modo obligationẽ accipiunt. Nec sanè huic tã latę significationi cõuenit definitio
3 quã Iustinianus tradit inst. de obligat. in princ. cũ dicit obligationẽ esse iuris uinculũ, quo necessitate adstringimur alicuius soluendæ rei, non enim quodcunq; iuris præceptum ad rem aliquam soluendam nos adstringit. Aduersatur etiam diuisio obligationum quam tradit idem Iustinianus eodem tit. in. §. sequens, quoniam multa iuris præcepta sunt, vt quę proximè commemorauimus, quę neque ex contractu, vel quasi contractu, neque ex delicto, vel quasi delicto proficiscuntur. Vt autem penitus aperiamus quomodo à nobis in præsentia obligationes accipiendæ sint, nihil rectius facturi videmur, quàm vt obligationes ipsas sumptas in latissima hac significatione in certas
4 species diuidamus, itemq; subdiuidamus, donec tandem perueniamus ad eas, de quibus iurisconsulti in hoc titulo, atq; in hac tota materia loquuntur. Obligationes ergo omnes (si ad quodcunq; præceptum obligationis nomen referamus) bifariam diuidi possunt: quædam enim sunt, quę absq; vllo nostro facto à sola natura prodeunt, vt colere Deum, cum alijs eiusdem generis, quibus ita nos natura obstringit, vt sine maximo scelere violari non possint; quamq̃ ex ijs obligationibus, quæ sine nostro facto inducun-
5 tur, nonnullæ etiã sunt in quibus natura nõ tam præcipit, quàm hortatur ac monet, vt quod amicis opitulari debeamus, quodipsum in quadam virtutis, & malitiæ exuperantia consistit: sic enim dicit Aristo. lib. pri. Ethic. καθ' ὑπερβολὴν ἀρετῆς καὶ κακίας; nam & qui hoc facit, vulgaribus hominibus virtute antecellit, & qui omittit, non

 icircò

Iccirco malus habendus eſt, niſi ex quadam malitiæ exuperantia, cum ſcilicet minima quæq; peccata malitiæ adſcribimus. At nos in præſentia haſce obligationes, quæ in virtutis ac malitię exuperantia poſitę ſunt, ſoloq; a pudore, ac verecundia ducuntur, non diſtinguimus ab alijs, quibus ſalua honeſtatis ratione aduerſari non poſſumus (nihil enim ad id quod quęrimus hæc diſtinctio pertinet,) ſed omnes obligationes, quę ſine vllo hominum facto inducuntur, vni tantum membro tribuimus. Spectãt
6 verò planè omnes ad iuſtitiam illam vniuerſalem, quę virtutes omnes in ſe complectitur, de qua nos eo libro locuti ſumus, quem de lege, iureq;, & æquitate inſcripſimus, ſiquidem non recte patriæ in bellis, alijſq; publicis neceſſitatibus opem ferre poterit, nec parentibus debitum obſequium præſtare, aut amicis opitulari, qui ſolam particularem iuſtitiam fuerit aſſequutus, ac non alijs quoque virtutibus inſtructus erit. Has obligationes nos hoc tempore miſſas facimus, de his enim non loquuntur Iuriſconſulti in hac materia obligationum, quod eo argumento ſatis demonſtratur, quoniam Iuſtinianus (vt proximè oſtendimus) nec definiendo, nec diuidendo eas ipſas complexus eſt. Quędam prętetea ſunt obligationes, quæ ab hominum factis, atq; operationi
7 bus prodeunt: & harum rurſus duo genera ſunt, unum earum, quę ad vniuerſalem iuſtitiam referuntur, alterum earum quæ proprię ſunt iuſtitię particularis. Prioris generis exemplum ſumi poteſt ex l. ſed & ſi lege §. cõſuluit ff. de petit. hæred. dum ibi ait Vlp. eos qui dono aliquid acceperunt ad remunerandũ obligari. Hęc enim obligatio ad remunerandum quam vulgò antidoralem dicunt, non a ſola natura inducitur, ſed oritur ex beneficijs acceptis, neque verò ad ſolam Iuſtitiam particularem ſpectat, ſed ad
8 liberalitatem, & ad alias quoque virtutes. Ita fit vt varijs virtutibus te pręditum oſtendas eoipſo, quod amicis te gratum, & officioſum prębes, cuius rei exempla in promptu ſunt. Inſignis illa fuit grati animi ſignificatio, quam Minutius olim magiſter equitum
9 Fabio Dictatori dedit, qui cum ipſi dictatori ex Plebiſcito eſſet ęquatus, ac parem exercitus partẽ accepiſſet, poſteaq̃ vidit in eo certamine, quod ipſe iuuenili impetu ductus temerè cũ Annibale iniuerat, ſolius dictatoris Fabij beneficio ſe cũ illis omnibus fuiſſe ſeruatum, vltro ad illum acceſſit cum ea exercitus parte, quę ſibi commiſſa erat, ac patrem eum ſalutans æquale illico imperium depoſuit, illique penitus ſe ſubiecit, vt authore eſt Liuius lib. 22. Si ſolam Iuſtitiam particularẽ, quæ ius ſuum cuiq; tribuit, ſpectaſſet Minutius, non eo certe imperio ſe priuaſſet. Quare temperantię, ac moderationis illud fuit, vt remunerandi beneficij cauſa id faceret, quod ſine vlla iniuſtitię, turpitudi-
10 nis uè nota omittere potuiſſet. Plurimum etiam commendatur nobilis illa Darii remuneratio, qui(vt teſtis eſt Herodotus libro tertio) pro vili chlamyde, qua à Syloſonte Samio erat donatus, cum adhùc priuatæ fortunæ eſſet, regno poſtea potitus totam urbẽ, & inſulam Samiorum ipſi fruendam tradidit, vnde factum eſt prouerbium ἡ συλόσοντος χλαμύς. Non id certe poteſt particulari iuſtitię aſſignari, ea enim in ſuis commercijs tam inæquales permutationes non nouit, ſed eximię tantum beneficentię, ac liberalitati tribuendum eſt. Sicq; in referenda gratia videmus & temperantia, animiq; moderatione, & liberalitate opus eſſe. Fortitudine etiam nonnunquam opus eſt, eſt enim interdum cum pro amicis ſubeunda ſint pericula, quę rogatos nos detrectaſſe tàm turpe eſt, quàm decorũ vltrò noſmetipſos ijs obtuliſſe. Quare nemo Pyladis uirtutem, animiq; pręſtantiam non maximè in eo admiratur, quod in Oreſtis accuſatione perſuadere conaretur ſe Oreſtem eſſe, vt pro illo traheretur ad ſupplicium, ille verò periculo liberatus

ratus

ratus vita tutus frueretur. Itaq; hęc obligatio quæ ad beneficiorum remunerationem
spectat, cum hominum factis inducatur, in hoc quidem differt à superioribus illis obli-
gationibus, quas sola natura consistere diximus; at in eo postea cum illis planè conue
nit, quod ipsa quoq; particularis iustitiæ limites egreditur, & ad alias quoque virtutes
extenditur, vt satis hucusq; demonstratum est. Alterum genus illarum obligationum,
quæ ab hominũ actionibus proficiscuutur, proprium est (vt diximus) iustitiæ particula
11 ris. Huius autem generis sunt obligationes, de quibus Iurisconsulti loquuntur in hoc
titulo nostro, atque in hac tota obligationum materia, etenim illæ eò semper dirigun-
tur, vt ius suum cuiq; tribuatur. Quoniam verò non omnes quæ ad particularem iu
stitiam spectant obligationes à nostris Iurisconsultis in hac materia cõsiderantur, scien
12 dum postremò est huius iustitiæ particularis duas esse species. Harum altera consistit in
distributione rerum inter eos diuidendarum, qui eiusdem communionis, ciuilisq; so-
cietatis participes sunt, sæpe enim publicæ pecunię inter ciues diuiduntur, sæpe decer
nuntur honores iis qui bene de Rep. meriti sunt, id quod a Romanis præsertim serua-
tum fuisse accepimus, apud quos statuæ vel equestres, vel pedestres, tùm in foro, tũ in
rostris optimis ciuibus statuebantur. Solebant pariter Romani Imperatores torquibus,
armillis, coronisq; etiã varijs, nimirũ ciuibus, obsidionalibus, muralibus fortissimorum
militum virtutem decorare. Altera iustitiæ particularis species in cõmercijs hominum
emendandis versatur, hoc est in pactorum rerumq; contractarum fide. Ad Ciuilem qui
dem vtraq; societatem, & ad tuendam humani generis communionem pertinet, sed
illa distribuendi, hęc verò emendandi causa potius vsurpatur; et in eo præterea diffe-
runt, quia non eadem in distribuẽdo, atq; in emendando proportionis ratio seruatur.
13 Iustum distributiuum (vt docet Aristoteles) dirigitur proportione geometrica, quæ ve
rè, & propriè proportio est. Est autem proportio geometrica cùm termini, qui propo
nuntur qualitate tantùm, sed non quantitate conueniunt, atq; ita collocantur, vt sicut
primus medio aut sequenti, ita medius aut sequens vltimo qualitate respondeat. Itaq;
cum eandem rationem habeat priuatus ad regem, quam patrimonium ad regnũ, quo
ties gratia exempli honores illis decernentur, qui æqualiter de imperio Romano meriti
fuerint, iustum erit priuato patrimonium, regi autem regnum dari, sicut Attalo olim
dedit Pop. Romanus, vt est apud Liuium lib. 58. Quod si loquamur de publicis pecu-
nijs inter ciues diuidẽdis, ęquum erit illi qui per quadriennium abfuerit Reipub. causa
dari ducenta, ei verò qui abfuerit vno anno tantum dari quinquaginta, quoniam ita se
habet spatium vnius anni ad quadriennium, sicut ad ducenta habent se quinquaginta,
quamuis non eodem numero quattuor excedant vnum, quo quinquaginta exce-
dunt ducenta, siquidem (vt dictum est) in geometrica proportione æqualitatem
non quantitate, sed sola qualitate metimur. Non negauerim ego quin habeat
14 hoc iustum distributiuum suas obligationes, qui enim ad Rerum pub. sedent guberna
cula, ad hoc ipsum tenentur, ne cui plus, ne ve cui minus soluant, sed cuiq; pro persona
rum, rerumq; ratione, ac dignitate. Attamen nunquam reperiemus eiuscemodi obliga
tiones in hac materia fuisse à nostris iurisconsultis consideratas. Restat ergo, vt conside
rauerint ipsi obligationes quatenus spectant ad iustum commutatiuum, quod (vt di-
ctum est) in hominum commercijs versatur. Hoc vero iustum commutatiuum non di
rigitur proportione illa geometrica, de qua proxime loquuti sumus, neque enim in eo
vlla personarum habetur ratio, nec quicquam refert (vt ait Aristoteles) vir bonus prauo

aliquid

aliquid detraxerit,an prauus bono,sed arithmetica tãtum proportio hic spectatur,quę solius quantitatis exigit æqualitatẽ,exigit enim ita terminos statui,vt differentia,qua alter alterum excedit,quantitate eadem sit,licet qualitate nõ conueniat. Nihil enim aliud agit Iudex,quàm vt damnum quod datum est, ita emendet, vt ad quantitatis æqualitatem illud redigat, quod quo pacto faciendum sit, explicat Aristoteles libro v. Eth. cum de iusto commutatiuo loquitur. Iam tandem igitur ad eum campum deuenimus, in quo latè toto hoc anno spatiari nos oportet,quæcunq; enim ad iustum commutatiuum referuntur obligationes huius nostri tituli, atq; adeò etiam totius materiæ obli
17 gationum propriæ sunt. De his Iustinianus intellexit,cum dixit obligationẽ esse iuris vinculum,quo necessitate astringimur alicuius soluendæ rei, nulla enim in commercijs, & commutationibus hominum contrahitur obligatio,quę non rei alicuius solutionem contineat. His obligationibus maxime etiam conuenit eiusdem Iustiniani diuisio,cum dicit alias obligationes oriri ex contractu, vel quasi contractu, alias ex delicto vel quasi
18 delicto,his enim quattuor terminis rectè cõprehenduntur omnia hominũ facta (græcè συναλλάγματα dicũtur)quibus Aristoteles & conuentiones, & delicta,& commutationes deniq; omnes,atq; hominũ commercia contineri statuit.Paulus quoq; generali nomine contractus appellat in l.omnẽ ff. de iud. dum ait obligationem omnem pro contractu habendam existimandum esse , vt vbicunq; aliquis obligetur , & contrahi videatur . Verùm hæc facta quamplurima sunt, & maxime inter se varia, multaq; sæpe contingunt, in quibus meritò dubitetur, vtrum adsit, vel quomodo adsit obligatio , atq; id
19 ipsum pręsertim est, quod hanc obligationum materiam difficilem reddit , laborantq; in hoc plurimum cùm iurisconsulti omnes in hac tota obligationum tractatione,tùm maximè nostri interpretes in hac rubrica,vbi multas hac ipsa de re excitant quæstiones. Nos igitur vt accuratè,ac certo ordine hęc omnia explicaremus,necessarium esse existimauimus hęc ipsa facta,ex quibus prodeũt obligationes (siue cõmercia illa,siue cũ Aristotele,& Paulo contractus appellemus) in certa genera distinguere , atq; in singulis generibus obligationũ vim,& naturã sigillatim expendere.Aristoteles eodẽ illo in loco cõtractus generatim sumptos diuidit in hũc modũ : quosdã dicit cõtractus esse,qui inter volentes fiunt,alios verò qui eorũ cũ quibus fiũt volũtati aduersantur: cõtractus voluntarij sunt,vt emptio, venditio,locatio,cõductio,mutuũ,depositũ, & alij omnes, qui initio cũ celebrãtur ab vtriusq; partis libera volũtate proficiscuntur,licet postea necessitatẽ
20 afferant iuxta l. sicut initio. de act.& obligat. Atque hos omnes Vlp . generali nomine conuentiones appellat l. 1. & l. conuentionum ff. de pactis. Inuoluntarij contractus rursus diuidũtur, nam horum quidam sunt clandestini,cuiusmodi sunt furta,seruorum seductiones , adulteria , ueneficia , lenocinia , falsæ testationes, & si quæ alia sunt eiusmodi delicta , quę non aperta ui , sed dolo, & clanculùm committuntur : quidam verò violenti sunt , in quibus verbera,mors , vincula , rapinę , conuitia , contumelię , aliaq; eiusmodi delicta numerantur . Sic ad contractus inuoluntarios tàm clandesti-
21 nos , quàm violentos omnia quę nos dicimus delicta Aristoteles retulit . Ab hac non abhorret Iustiniani sententia,qui cum ab his ipsis factis,quæ obligationum causę immediatæ sunt,ipsarũ obligationũ diuisionẽ assumit, à voluntarijs cõtractibus, & quasi contractibus delicta seiungit, item quasi delicta , quæ nos in præsentia à delictis, qm̃ id necesse nõ est,nõdistinguimus.Hãc ergo diuisionẽ sequuti seorsum cũ delictorũ,tũ etiã cõuẽtionum,quas Aristoteles cõtractus volũtarios appellat, obligationes cõsiderabimus.

ARGV.

ARGV.

VT de obligationibus delictorum prius agatur, quæ breuiori tractatione absolui possunt, videndum ante omnia, in ijs delictis, quorum pœnę damnum datum resarciunt, partiq; applicantur, nunquid ex consensu (vt receptior est opinio) vel qua nam alia ratione illi qui delinquunt, obligentur.

1 Duo pœnarum genera, de quibus singulis sigillatim agendum.
2 Ad pœnas quæ damnum datū resarciūt, naturaliter nos obligari, nemo non concedit.
3 Ex consensu delinquentem obligari, quā uis non ab omnibus, frequentius tamē receptum est.
4 Doctorum sententiæ improbantur.
5 Communis inductio l. 1. §. Ad Bestias ff. de postul.
6 Vera eiusdem legis declaratio.
7 Baldi responsio ad eam legem nec vera nec necessaria.
8 Quomodo accipienda l. Imperatores ff. de iure fisci, aliæq; leges, quę delinquē ti pœnæ causam adscribunt.
9 Cur non possint dici delinquentes pœnæ consentire.
10 Ignoranti quoque pœna interdum irrogatur.
11 Ne in scelus quidem ipsum consentire eū qui delinquit, cū Arist. tum etiā D. Augustini sententiæ cōsentaneum est.
12 Quod de ficto delinquentis consensu Fortunius cōminiscitur, planè reiiciēdum.
13 Possit nè publicæ vtilitatis ratio, quæ suadet delicta puniri, quemquā obligare, vt damnum datum resarciat.
14 Sit ne hac in re consideranda ęquitas, qua iubemur patriæ, & maioribus parere.
15 Vera naturalis obligationis causa in delictis de quibus hic agitur.
16 Naturæ æqualitas, ex qua iustum emendatiuum.
17 Inæqualitatem faciunt delicta, vel si pecunias, opes uè non attingant.
18 Actio iniuriarum ex æquo, & bono quomodo oriatur.
19 Est interdum cum inæqualitatem emendare Iudici non facilè sit.
20 In pœna iniuriarum à legislatoribus variatum.
21 Tallionis pœna.
22 Vel si in pœna iniuriarum ratio personarum habeatur, à iusto tamen cōmutatiuo, proportioneq; arithmetica non receditur.
23 Et lucrum, & damnum rectè dicuntur etiā vbi pecuniis, opibus uè non agatur.
24 Quatenus pœnæ damni dati æstimationē excedunt, vti non naturaliter, ita nec in foro conscientię nos ad eas obligari.

CAP. III.

DE delictis verò prius agemus; quia quæ de ipsis dicēda sunt, paucis absolui possunt, conuentionum uerò materia longiorem tractatum habet. Qua ratione etiam Barth. Soci. anteaquam ad conuentiones deueniat, explicat nobis duobus verbis circa principium huius rubricæ, quid de obligationibus delictorum sentiat, eiusq; vestigia mox recentiores sequuti, fusius examinant eam quęstionē, quo modo quis ad pœnam in delictis obligetur. In qua quæstione, nè forte nostrorum confusio aliquam nobis afferat obscuritatem, distinctè loquemur primò de pœnis, quæ
1 damnum datum resarciūt, ac mox de illis, quæ publicæ utilitatis gratia grauioribus delictis irrogantur, atq; in vtrisq; referemus & quid frequentius senserint nostri Interpretes, & quid nos concludendum existimemus. Quod attinet ad pœnas, quæ damnum datum resarciunt, & quæ parti applicandæ sunt, concludunt omnes, nemine planè excepto, eum qui delinquit non tantùm ciuiliter, sed etiam naturaliter ad pœ-
2 nam soluendam obligari, partim enim de omnibus pœnis generaliter hoc affirmant,

partim

partim etiam, vt Fulgosius, & nonnulli alii, in his ipsis tantùm hoc admittunt, quemadmodum postea videbimus. Sic qui quantum ad has pœnas, de quibus in præsentia loquimur, negent naturalem ex delictis oriri obligationem, prorsus neminem reperio. Ideoq; nihil est quod has opiniones in præsentia separemus. In hac ergo sententia, ut naturaliter, & ciuiliter is qui delinquit ad eiusmodi pœnam obligetur, fuerunt Accursius, Angelus, & Castrensis in l. 1. §. Bestias. ff. de post. Innoc. in c. In nostra extra de iureiur. Bart. & alij in l. ex hoc iure in penultima col. ff. de iust. & iur. Ioãnes Faber. in §. si quis in fraudem Iust. de actionibus. Hi uerò omnes existimant hanc naturalem obligationem oriri propter consensum delinquentis, sic enim ipsi aiunt, videri eum qui delinquit cum lege pacisci, vt meritæ subiiciatur pœnæ, si fortè deprehẽda tur, & conuincatur deliquisse. Verùm uti in hoc omnes consentiunt (quemadmodum diximus) delinquentem etiam naturaliter obligari, ita in eo quod concluditur hanc naturalem obligationem ex consensu delinquentis proficisci, plerique sunt, qui ab hac
3 communi opinione dissentiant. Dissentit Baldus inter alios in d. l. 1. §. Bestias. ff. de postu. & ibidem etiam Fulgosius in. §. Remouet, qui fatentur quidem delinquentes naturaliter ad pœnam obligari per l. rerum quidem. ff. Rer. amot. sed negant eum qui delinquit ita in pœnam consentire videri, vt ex illo consensu prodire naturalis obligatio possit. Existimant verò hanc naturalem obligationem manare ab illa ęqui tate, quę exigit, vt delicta puniantur iuxta l. Bona fides. ff. depofit l. siquis a reo §. illud quod vulgò. ff. de fideiuf. l. ita vulneratus. ff. ad l. aquil. & hanc sententiam contra communem non dubitanter sequitur hìc Barth. Socinus numero 4. in fine.
4 Ego vtramque opinionem existimo falsam esse. Et quod attinet ad primam, uidetur mihi tàm perspicuum esse obligationem ad pœnam non oriri ex consensu delinquentis, vt hoc rationibus ostendere nihil aliud sit, quàm solem facibus illustrare, satisq; hoc argumenti est ad communem hanc sententiam refellendam, quod quę pro ipsa adducuntur, friuola omnia sunt, ac nullius planè momenti. Ad duo autem potissimum videntur mihi ea redigi posse, quamuis plæraq; passim affe-
5 rantur. Primum desumitur ex illa ipsa l. 1. §. Bestias ff. de postul. quo loci Vlp. ait eo. S. Cõsulto quo tanq̃ infames prohibentur, qui cũ bestijs pugnarunt, etiã apud pedaneos Iudices postulare, illos tantùm teneri, qui operas suas locarunt, vt cũ bestijs pugnarent, non qui virtutis gratia pugnarunt, quos non teneri ex veterum sententia conclu dit, postea ab hoc numero illos excipit, qui in arena passi sunt se onerari, eos enim (inquit) puto notam non euadere. Accursius ibi intelligit eos in arena onerari, qui condemnati sunt, vt cum bestijs pugnarent, aitq; huic expositioni nihil illud obstare, quod dicatur, passi sunt, quasi sponte patiantur, nam respondit eos initio cum maleficium committunt, videri velle pati se postea in arenam damnari, ideoq; cum lege quodamo
6 do pacisci, quemadmodũ & alij postea interpretati sunt. Fluxit hic error proculdubio à corrupto codice, in quo legebatur, passi sunt se onerari, sed in pandectis florentinis, ac passim etiam in communioribus codicibus legitur, honorari, & hoc modo sensus Vlpiani expeditissimus est, nam qui in arena se honorari passi sunt, videntur ex ea relucrum facere voluisse, cum rectè authore Aristotele honor, lucro, infamia verò damno comparetur. Quare qui in arena passi sunt se honorari, non longe ab ijs absunt, qui pugnarunt lucri causa, quiq; ad eam operas suas locarunt, ideoq; notam euadere non debẽt At vel si legeremus onerari, ac cum Accursio de ijs intelligeremus, qui passi sunt eius

pœnę

pœnæ onere se grauari, non tamen rectè inde colligere possemu s, ita consentire delin quentẽ, vt ex eo cõsensu naturalis obligatio oriri queat. Aliunde enim proueni t, quod te illi pœnę destinat, atque idipsum potius patientiæ tuæ causam præbet, quam ab ip-
7 sa patientia hoc, quicquid est, obligationis proficiscatur. Respondet ibi Bald. alio mo do, aitq; esse illum consensum vnius tantum, ex quo naturalis obligatio oriri non potest. Sed hęc responsio cum falsa, & friuola est, tum certè minimè necessaria, cum satis iã fuerit demonstratum, legẽ illam ad id quod quęrimus, nihil pertinere. Secundum argu mentum huius opinionis sumitur ab illis legibus, in quibus delinquenti pœnæ causam
8 Iurisconsulti adscribunt, vt Macer in l. Imperatores. ff. de iure fisci, vbi loquitur de eo qui ob delatorem pecunia corruptum pœnæ nomine quingentos solidos fisco inferre iubetur, & Seueri rescriptum recitat in hęc verba. Tu qui omissa defensione sententiam " maluisti redimere, huic te pœnę subiecisti. Huc etiam spectat, quod tradit Iustinianus " in. §. quia verò Leonis 2. auteñ. de non alien. rebus eccles. eos qui emunt res ecclesiæ periculi, & pœnarum amatores esse. Facit insuper. l. vlt. C. de coll. fund. patr. & emphyt. lib. xij. vbi Arcadius hac comminatione à Iudicibus eam legem seruari præ cipit. Nisi maluerint (inquit) grauissima seueritate eorum licentiam coerceri; Ex qui- " bus legibus, & si quæ alię similes sunt, quę voluntati delinquentium pœnæ occasionẽ tribuant, colligunt passim nostri interpretes eum qui delinquit, in pœnam consentire. Sed hoc perquàm alienum, ne dicam stultum, est, Quis enim non intelligit vulgatissimum hunc esse loquendi modum, vt quoties quis condignas sceleribus pœnas patitur, sic illi admissum facinus exprobrare soleamus. Hoc tu ipse affectasti malum, hanc tibi ipsi sollicitudinem, & miseriam struxisti. Quod si veritatem spectemus, non modò nullus consentit, nullusque pœnæ amator est, sed ne quidem delictum ipsum quisquam
9 appetit, animique studio amplectitur. De pœna hoc perspicuum est, nam præterquam quod apertissime hoc docemur experientia, clarissimis etiam rationibus idipsum demonstratur. Primò enim pœna malum quoddam est, vt nemo inficiabitur. Ita verò natura comparatum est, vt quemadmodum omnia bonum appetunt, ita malum fugiãt, ac detestentur. Deinde clarum est non posse nos nec velle, nec amare id quod igno
10 ramus. At ignoranti quoque pœna interdum irrogatur, vt ex sententia Augustini tradit Gratianus in c. 1. xv. q. 1. Vnde & Papin. in l. 1. ff. de legi. dixit legem esse delictorum quæ sponte vel ignorantia fiunt coęrcitionem. Quod verò ne in scelus quidem
11 ipsum consentiant ij qui scelest e aliquid faciunt, ex ijs intelligi potest, quæ diximus in libro de lege, iure, & æquitate, in illa quęstione, vtrum improbis quoque, ac scelestis hominibus lex naturalis insit, an verò ipsi ignorantes delinquãt. Siquidẽ ex Aristotelis sententia ibi conclusimus eos qui cupiditate aliqua ita obsessi sunt, vt iã non amplius ratione, & consilio reluctari possint, verè ignaros dici posse, ideoque imprudentes delinquere, ac rectè (id quod ipse Aristoteles facit) ebriis comparari posse, qui Empedoclis carmina memoriter referunt, eorum tamen vim, atque sententiam haud prorsus tenent. Quo fit, vt verus tunc ijs consensus esse non possit, ar. l. Nihil consensui. §. Non videtur. ff. de reg. iu. Præterea vel si maximè consentire, ac velle eos concedamus, hęc tamen voluntas non ad eum finem spectat, vt deliquere velint, neque id sibi proponunt qui delinquunt, sed ad eum vtilitatis, vel iucunditatis fructum feruntur, quem inde se consequuturos confidunt

B quod

" quod ex Augustino rectè ostendit Gratianus in c. meritò xv. quæst. 1. Nam si " diligenter (inquit) inspiciamus forte ipsum peccare nemo velit, sed propter aliud " quod vult peccat, omnes quippe homines, qui scientes faciunt quod non licet vel-" lent licere facere, vsqueadeò ipsum peccare nemo appetit propter hoc ipsum, sed propter illud quod ex eo consequitur. Sic iam sublata sunt argumenta communis opinionis, ac demonstratum fuit delinquentis consensum aut nullum esse, aut certè non eiusmodi, vt ex eo obligatio ad pœnam oriri possit. Nec me quicquã mouebit, si dicatur 12
(id quod nonnulli dixerunt, refertq; Fortun. Garzia in l. legitima nu. 66. ff. de pactis) quamuis non verum, tamen fictum hîc consensum adesse; primò enim negabo rationem subesse vllam, cur consensus fingatur; præterea vel si daremus à lege hanc fictionem (licet absque vlla ratione) induci, non tamen admitterem ex tali fictione naturalem obligationem oriri posse. Secunda (vt vidimus) erat opinio Baldi, Fulgosij, & Socini, qui putarunt in delictis obligationem naturalem proficisci ex il- 13
la naturali æquitate, ac publicæ vtilitatis ratione, quæ non patitur, vt delicta remaneant impunita, l. ita vulneratus. ff. ad l. aqui. l. Bona fides. ff. depositi l. si à reo. §. illud quod vulgò. ff. de fideiuss. At neque etiam hæc sententia mihi satis arridet, tùm quia naturalis æquitas, quæ publicæ vtilitatis gratia vult delicta puniri, non potest delinquentem obligare, vt plenissimè infra ostendemus, tum etiam quia illa pertinet ad eas pœnas, quæ ob publicam vtilitatem irrogantur, non ad eas quę damnum datum resarciunt, de quibus solis nos in pręsentiã loquimur. Vnde ergo manat hæc naturalis obligatio, quam hîc quoque adesse fatemur? Sunt qui eius origi- 14
nem tribuant illi naturali æquitati, qua iubemur parere maioribus, ac patrijs legibus obtemperare; At nos in eo libro, quem scripsimus de lege, iure, & æquitate, qui omnino antea videndus est, cum in eo multa tradantur, quæ ad huius materię cognitionem prorsus necessaria sunt, in eo (inquam) libro satis demonstrauimus, nos non ita obligationem naturalem considerare, nam hoc modo nunquàm ciuilis per se sola daretur à naturali obligatione seiuncta, quare cum dubitamus, vtrum ex aliqua spetie oriatur naturalis obligatio, de ea intelligimus, quæ oritur immediatè ab ipsa natura, & quæ per se ipsa posset consistere, vel si nullum iuris ciuilis pręceptum adesset. Vera igitur naturalis obligationis causa, & origo in eiusmodi delictis ea mihi videtur esse, 15
quia semper natura in nostris operationibus omnibus ęqualitatem exposcit, à qua quoties facto aliquo recedimus (quodcunque tandem factum illud sit) tunc eadem natura monet, atque instat, vt quod perperam est admissum, emendetur, rursusque ad pristinam æqualitatem redigatur. Et quoniam id quod præcipit natura semper iu- 16
stum est, hoc iustum Aristoteles duplici nomine, & emendatiuum, & commutatiuum appellat. Neque verò existimandum est commutationis nomine solos contractus uoluntarios contineri, aut hanc, quam dicimus inæqualitatem, tunc tantùm continge- 17
re, cum de opibus, ac pecunijs agitur, nam tunc quoque cum ita delinquimus, ut alicuius dignitatem aliqua ex parte minuamus, à naturę æqualitate recedimus. Vnde Aristoteles hoc iusto cõmutatiuo delicta quoq; emendari statuit, eaque oĩa (vt supra diximus) contractus nomine complectitur. Proponamus nobis aliquem, qui alteri ignominiæ notam inusserit, is certè & maior effectus esse, & verè lucrum fecisse dici potest, multos.n. quottidie videmus, qui dum cuippiã iniuriã inferre studet, maximas ea de cã

impensas

impẽſas vltrò faciũt,& volũtatẽ in eo ſuã expleuiſſe maximis lucis anteponũt; At quãto maior hic effectus eſt, tanto ille eſt diminutus, qui ignominiam paſſus eſt, & ſicut hic lucrum, ſic ille iacturam fecit, eamque fortaſſis iniquiore animo fert, quam ſi grandem pecuniam amiſiſſet. Cum ergo hìc quoque apertam cernamus inæqualitatem, dubium
18 non eſt, quin ęquum ſit hanc emendari ab eo qui iniuriam intulit, & hoc eſt quod dicit Vlpianus in l. Non ſolum §. 1. .ff. de iniu. actionem iniuriarum oriri ex æquo & bono. Æquum & bonum vocauit, quod Ariſtoteles appellat iuſtum emendatiuum, ſiquidem iuſtum eſt genus æqui, & boni, & cum eo ſępe confunditur, vt nos alibi plenè demonſtrauimus. Quocirca eſt quidem natura fons iſtius obligationis (nam hoc iuſtum emendatiuum verè naturale eſt) non tamen quatenus iubet delicta publicæ vtilitatis gratia puniri, vt Bald. & Socin. ſenſerunt, ſed quatenus iubet ad ęqualitatẽ eos reuerti, qui ab illa receſſerunt. Tritum eſt enim apud nos non debere alteri per alterum iniquam conditionem inferri l. non debet alteri .ff. de reg. iur. Placuit autem Ariſtotelis verba hìc retuliſſe, vt planius perſpiciatur, quomodo ipſe ad delicta quoque, & ad illas ſpeties, in quibus de pecuniis non agitur, hanc inęqualitatis rationem accommodet. Nam cum hic percuſſus eſt (inquit) ille percuſſit, hic interfecit, ille au- "
tem interiit, affectio, & actio in partes non ęquas diuiſa eſt, ſed de lucro detrahens iu- "
dex, & damnum paſſo adiiciens redigere ad æqualitatem eas conatur. Vult iudi- "
19 cem id quod damni datum eſt ad æqualitatem redigere, ſed eſt interdum cum id fieri non poſſe videatur, imò cum de iniuria illata agitur ſemper ferè id contingit. Nam ſi cui per iniuriam vulnus infligatur, ſanato vulnere non propterea contumelia tollitur. Et hoc fuit in cauſa, vt quoad pœnam iniuriarum legiſlatores varia-
20 rint, dum id ſtuduerunt inuenire, quo ſaltem eius qui iniuriam accepit animum ſanarent, ac priuatarum vindicationum occaſiones amputarent, id quod fieri debere ex Gelaſio tradit Gratia. in c. ſi illic 23. quęſti. 4. Vnde pœna iniuriarum ex lege xii. tab.
21 propter membrum quidem ruptum tallio erat, oculus pro oculo, manus pro manu, propter os verò fractum nummarię pœnę erant conſtitutæ. Sed poſtea Prætores introduxerunt aliam pœnam, quę in iudiciis frequentatur. Nam permiſerunt ijs qui iniuriam paſſi ſunt illam ęſtimare, vt iudex vel tanti condemnet, quanti iniuriam paſſus æſtimauerit, vel minoris, prout ei viſum fuerit; qua in re maxime & honeſtatis, &
22 gradus perſonarum ratio haberi ſolet. §. pœna autem. inſt. de iniur. nec tamen in eo iuſti emendatiui, proportioniſque aritmeticę limites egredimur, cum præter id quod detractum eſt, nihil amplius exigamus. Eſt autem ſanè hęc pœna illi naturali obligationi maxime conſentanea, qua tenemur inæqualitatem inductam, emendare, nam cum actor iniuriam æſtimat, oſtendit ſe tanti facere mille aureos, quanti eam iniuriam non accepiſſe. Quare poſſumus etiam huius obligationis origini vulgarem illam regulam accommodare, natura ęquum eſſe, neminem cum alterius iactura fieri locupletiorem l. Nam hoc natura .ff. de condict. indeb. Diximus enim eum quoque qui percuſſit quodammodo lucrari. Et quoniam intelligebat Ariſtoteles hoc durum videri poſſe, cũ
23 lucrum, & damnum tunc tantum dici ſoleat, cum de pecunijs, atque opibus agitur, ideò occurrens huic obiecto, ita inquit. Dicuntur autem lucrum, & damnum ab- "
ſolutè etiam de rebus eiuſcemodi, licet nonnullis minimè idoneum nomen vi- "
deatur, vt lucrum ei qui pcuſſit, damnum ei qui percuſſus eſt, accommodari poſ- "
ſit, ſed vbi tamen perpeſſionem erimus metiri, hoc damnum, illud lucrum vocatur. "

Metiri perpessionem intelligit Aristoteles,cum iniuriam æstimamus, cum enim tūc tanti censeatur iniuria,quanti fuerit æstimata,atq; in id damnetur qui iniuriā fecit,quasi tātundem ipse lucratus fuerit,propterea clarius tunc perspicitur, in eiuscemodi quoque speciebus damnum,& lucrum considerari posse; Sic videmus nihil esse, quod in delictis consensum vllum vel verum, vel fictum perquiramus, satis enim hæc quam quærimus, naturalis obligatio in eo elucet, quod natura semper quicquid inæqualitatis inductum est, emendari pręcipit, vnde efficitur iustum illud naturale, quod Aristoteles emendatiuum appellat. Sciendum tamen est nos de ijs tātùm pœnis esse loquutos,
24 quę damnum datum resarciunt,quod si damni æstimationem excedant,vt in furto pœna dupli, vel quadrupli, tunc licet parti applicandæ sint, nullam tamen in ijs naturalem obligationem,sed tantum ciuilem inesse concedimus,vt rectè sentit Fulgosius in l. ex hoc iure nu. 19. ff. de iust. & iur. Vnde nec debetur in foro conscientię ar. c. fraternitas, & ibi not.12.q 2.Castr. lib.2.de lege pœnali.Cū enim in eo quod rei æstimationē excedit ęqualitatis ratio nō attendatur,quā proximè adduximus,nihil planè est,vnde naturalis obligatio oriri possit. Namneq; ex consensu obligatur, qui deliquit, vt iam demonstratum est, neque etiam obligari potest ex illa naturali ęquitate, publicæq; vtilitatis ratione, quę suadet delicta puniri, vt nunc statim sequenti capite demonstrabimus, dum de iis pœnis agemus,quæ ob publicam vindictam irroganrur.

ARGVM.

IN delictis quę ob publicam tantùm vindictam puniuntur,non modò non ex consensu, sed nulla planè ratione delinquentes ad pœnam obligari.

1 Frequentius interpretes duo pœnarum genera confundunt inter se penitus diuersa.
2 Distinctio Fulgosij inter obligationes,quę rem ipsam,& eas quæ certas pœnas persequuntur.
3 Fulgosii,Fortuniiq; sentētię verbis tantū, sed non re ipsa inter se differunt.
4 Noua opinio quæ aliorum omnium sententiis aduersatur.
5 Tàm clarum omnibus hoc visum delinquētes ad pœnam publicam aliquo modo saltem obligari, vt ne id quidem probare conati fuerint.
6 Obligationis definitio iis quoq; videtur conuenire,qui publica pœna puniendi sunt.
7 Teneri quempiam lege publica apud iurisconsultos frequentissimum est.
8 Verbum teneri significat obligationem.
9 Verbum deberi an referatur ad pœnas,& quomodo accipiendum sit.
10 Naturalis obligatio solo æquitatis vinculo sustinetur.
11 Delicta puniri naturalis ęquitas exposcit.
12 Quando lege obligemur.
13 Vtrum ad pœnam quis teneatur in foro conscientiæ & nu. 50. cum seq.
14 Ad publicā pœnam nec naturaliter, nec ciuiliter reus tenetur.
15 Non quicunque compelli potest, dicitur obligatus.
16 Qui conuenitur rei vendicatione nullo modo est obligatus,licet ad restituendum compelli possit.
17 Satis legi fuit illis qui iurisdictionē exercent,punienda delicta præcepisse,licet reos ad pœnam suscipiendam non obligarit.
18 Obligationem ad pœnam publicam Iustinianus sua diuisione non est complexus.
19 Ex publicis delictis actiones non dantur.
20 Vbi efficax obligatio sit,absurdū esset ex ea actionem non oriri.
21 An rectè quis dici possit lege Iulia vel eiusmodi alia obligatus.
22 De publicis criminibus transigere licet,tametsi

metsi hoc non vbique permissum est.

23 Transactio de crimine,& obligatio ad pœnam sibi inuicem aduersantur.

24 Obligari,& contrahere mutuo se consequuntur.

25 Iustum commutatiuum ad eas tãtùm nos pœnas obligat,quæ damnum datum resarciunt.

26 In publicis pœnis irrogãdis personarum ratio habetur.

27 Quomodo demonstrari possit iis qui publica pœna plectendi sunt,obligationis definitionem non conuenire.

28 Vt nullum in eo iuris vinculum est, qui conuenitur rei vẽdicatione,ita neq; in eo qui crimen commisit publica pœna vindicandum.

29 Aliud est pœnę addictum, destinatumq; esse, aliud esse verè obligatum.

30 Obligatum interdum latius sumitur pro eo cui nulla inest obligatio.

31 Obligatus dicitur fundus,qui pignori datus est.

32 Non concedendum vt cum quis teneri dicitur eidem semper insit obligatio.

33 Teneri dicimus pignus,cui tamen obligationem non recte tribuimus.

34 Recte refertur uerbum deberi etiam ad vendicationem, quę tamẽ nullã exigit obligationem.

35 Declaratur l. quod ex his causis .ff. ad l. Iul. de adult.

36 Quomodo accipiendum sit id quod dicitur,ex naturali æquitate obligationem naturalem, & ex legis ciuilis dispositione ciuilem obligationem oriri.

37 Declaratur §. lege obligamur l. obligamur supra tit. prox.

38 Tunc tantum oritur ex delicto actio ad pœnam cum pœna parti applicãda est.

39 Non ea fuit mens Modestini in d. §. lege obligamur, dum varios obligandi modos recẽset,vt perfectam in singulis definitionem afferret.

40 Nõ eodem modo inducitur obligatio,cũ facimus secundum præceptum legis, quemadmodũ cum illi contrafacimus.

41 Varia exẽpla quibus conatur Accursius ostẽdere ex eo obligationem oriri,qđ secundum legis prçceptum faciamus.

42 Dubitari à plerisq; an pater filiam quæ iam nupta sit,dotare teneatur.

43 Qui scelus aliquod committit, Remp. lædit ob malum exemplum.

44 Eo maximè dirigenda est satisfactio, vbi maxime damnum extare perspicitur.

45 Ex sola miseria delinquentium potest satisfieri Reip. quæ ob malum exemplũ læsa est.

46 Pœna sanguinis per se Reip. damno non satisfacit, sed tantùm ob contrarium exemplum.

47 Pœna pecuniaria nõ propter lucrũ,quod Reipub. affert. sed propter dantis miseriam Reipub.satisfacit.

48 Pœna interdum ob personarum dignitatem ex capitali fit pecuniaria.

49 Natura neminem obligat, vt vel mortis supplicium appetat, vel propriam sibi miseriam struat.

50 Ante sententiam non tenetur reus ad pœnam in foro conscientiæ.

51 Est interdum,cum neq; etiam ante sententiam possit reus retinere in foro conscientiæ, quod pœnæ nomine soluendum est,quamuis ad eam non obligetur.

52 Qui beneficium per simoniam sciẽter impetrauit,tenetur fructus etiam consumptos restituere.

53 Ad idem tenetur qui vel adiit hæreditatem, vel beneficij collationẽ obtinuit, cum vtriusq; rei incapax esset.

CAP. IIII.

SEcundum superioris distinctionis caput illas pœnas complectitur, quæ non ea de causa,vt damnum datum resarciant, sed publicę vtilitatis gratia irrogãtur, ideoq; vel capitales sunt, vel si sunt pecuniariæ, non tamen ei qui damnum passus est, sed fisco adiudicari debent. Et in hoc quoque varię nostrorum interpretum opiniones reperiuntur. Extant primò illę duę quas & supra retulimus, si quidem earum authores
1 huius generis pœnas à superioribus illis non distinguunt, sed in his idem planè quod in illis concludunt. Prima ergo est opinio Accur. Bart. Beluisii, & Io. Fabri in locis supra adductis, qui putant in quocunque genere delictorum naturalem obligationem ex

ex delinquentis consensu proficisci. Secunda est opinio Bald. in d. l. 1. §. Bestias. ff. de postul. & Socin. hoc in loco existimantium obligationem naturalem oriri ex illa naturali ęquitate, quæ iubet delicta puniri, nam ipsi quoque Bald. & Socin. loquuntur generaliter, neque hoc secundum caput à primo seiungunt. Tertia est Fulg. in l. ex hoc iure nu. 19. ff. de Iust. & iu. vbi ex obligationibus descendenti-
2 bus ex delicto, illas tantum fatetur esse iurisgentium, quæ rem ipsam persequuntur, alias verò obligationes, quæ persequuntur certas pœnas, iuris ciuilis esse statuit, qua in re cum loquatur indefinitè, eas quoque complectitur pœnas, quę fisco ap plicandæ sunt, & quarum gratia publica iudicia sunt constituta. Nam quę parti appli cantur, vt in furto pœna dupli, vel quadrupli, ad id quod quærimus in pręsentia nihil pertinent. Quam Fulgos. sententiam sequitur & Iason in d. l. ex hoc iure. At Fortunius Garzia in l. legitima num. 67. vers. si autem tale delictum. ff. de pactis, necnon & Marcellus Berengutius hìc col. 13. existimant respectu huius pœnę publicę, de qua nos loquimur in pręsentia, delinquentem obligari etiam naturaliter propter illam naturalē æquitatem, qua tenemur patrię, ac maioribus parere, latasq; ab iis leges seruare. l. ueluti. ff. de iust. & iure. c. si quis maior. extra de maio. & obed. Verùm hęc opinio nihil
3 planè differt à proxima superiori. Nam cum hoc dicunt, apertè fatentur non adesse hìc naturalem obligationem, sed tantùm ciuilem; nos enim non de illa naturali obliga tione nunc loquimur, quę oritur ex solo præcepto maiorum, & quæ semper est coniun cta cum ciuili, sed de illa, quæ ab ipsa natura immediatè proficiscitur, quam hìc nullā esse sentiunt. Quare tres tantùm hac in re Doctorum opiniones sunt. Nos tamen lon-
4 gè ab ijs omnibus dissentimus, ac frustra quæri putamus, ciuilis nè tantùm, an etiam na turalis hæc obligatio sit, quia quoties pœna publica est, ac publicæ tantum vtilitatis gratia alicui delicto est adscripta, neque naturaliter, neque ciuiliter eum qui delinquit ad illam pœnam obligari existimamus. Video quidem hoc plerisque perabsurdum pri mo aspectu uisum iri. Sed spero propediem fore, vt id verissimum videatur. Primùm au tem referemus argumēta, quibus probari posse videtur, ad pœnam publicam delinquē-tem obligari, vt intelligatur causam fuisse Doct. cur ita concluderent, deinde referemus rationes, quæ nos in contrariam partem adducunt, ex quibus cognoscetur, nobis quoque causam fuisse, cur aliorum traditionibus aduersaremur. Pro sententia affirmatiua, atque communi nihil ipsos Interpretes attulisse reperio, vnde probarent esse aliquam obligationem, qua delinquens ad pœnam publicā teneretur; Neque enim
5 vllus hac de re dubitauit, sed concedunt planè omnes reum hìc quoque aliquo modo obligatum esse, licet in eo discordes sint, quod plerique vtroque modo, & naturaliter, & ciuiliter, nonnulli verò ciuiliter tantum obligari reum voluerunt, sed quæ mi hi videntur adduci posse, hæc fermè sunt. Primò delinquentem ad pœnam quoque publicam, aliquo modo obligari, ex definitione obligationis demonstratur. Nam obli gatio (vt definit Iustinianus) est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendæ secundum Romanæ ciuitatis iura. At si quis crimen commisserit, quod
6 publica pœna plectendum sit, ueluti si ex stupro soluenda illi sit dimidia pars omnium bonorum iuxt. §. Item lex Iulia. inst. de publ. iud. nihil planè deest, quo minus hæc definitio conueniat, si quidē adest hìc quoque necessitas, qua adstringitur ille ad dimi diā bonorū soluendam, Vnde consequens esse videtur, vt eum obligatum esse fateamur. Secundo possunt pro hac opinione adduci illæ omnes leges, in quibus dicunt iurisconsulti

7 consulti, aliquem teneri lege Iulia, lege Cornelia, lege Pompeia, alijsq; eiusceemodi, ex
quibus publica pœna publico iudicio conuictis irrogatur l. Mariti lenocinium .ff. ad l.
Iuliam de adult. l. lege Cornelia .ff. ad .l. Cornel. de vi publ. l. 1. .ff. ad. l. Pomp. de
parric. l. 4. & 5. cum multis simi. ff. ad. l. Cornel. de sicar. Nemini enim dubium
8 est quin verbum, teneri obligationem significet, vt in Rub. & l. 4. C. An seruus pro fac.
suo post manu. ten. Vnde passim dicere solemus, ex empto, locato, deposito aliquē
teneri, cum volumus significare, ex contractu aliquo quempiam esse obligatum. Con-
firmatur hoc argumentum, quia legimus interdum, ex his ipsis legibus nomine pœnæ
9 aliquid deberi, vt in. l. quod ex his causis .ff. ad .l. Iul. de adult. Videtur autē tunc
debitum dici, vbi verè aliqua subest obligatio l. non potest. ff. de reg. iur. l. quod inde-
bitum l. in diem ff. de condict. indeb. no. Inst. de actionib. in princ. & in l. debe-
10 ri .l. de fideicom. libert. Tertio naturalis obligatio solo æquitatis vinculo sustine-
tur l. stichum .§. naturalis ff. de solut. quo fit, vt vbi naturalis ęquitas aliquid exigat, ibi
11 naturalem obligationem reperiri necesse sit. Sed æquitas naturalis exigit delicta puniri
l. bona fides. ff. depos. l. si quis à reo §. illud quod vulgo .ff. de fideiuss. l. ita vulnera
tus. ff. ad l. aquil. ergo naturalem obligationem adesse hìc oportet, qua is qui deli-
quit ad pœnam adstringatur, & ita voluit hìc Socin. argumentari nu. 4. in fine.
Ac porrò, quoniam non tantum naturalis ratio, sed etiam lex ciuilis hoc idem pręcipit,
concludendum propterea videtur, naturali obligationi ciuilem quoq; accedere. His
oĩbus postremo addamus responsum Modestini in .l. obligamur. §. lege obligamur .s.
tit. prox. Lege (inquit) obligamur cum obtemperantes legibus aliquid secundum præ "
12 ceptum, legis, aut contra facimus. Si tunc obligamur, cum facimus contra legis prę "
ceptum, cōcedendum certè est, eum quoque obligari, qui ita deliquit, vt publica pœna
puniendus sit, neq; .n. negari potest, quin contra præceptum legis faciat. Nam si quis
aut aduersus populi, Principisuè securitatē aliquid moliatur, aut vim alicui publicam
afferat, aut stuprum, vel adulterium committat, vel parricidium, aut in publicas testa-
tiones dicendas aliquo modo coeat, aut alio simili flagitio se contaminet, dubium non
est, quin alicuius semper legis vel Iuliæ, vel Pompeiæ, vel Corneliæ, vel cuiuslibet alte-
rius præceptis aduersetur. Ex hac porrò cōmuni sententia alia sequitur cōclusio, quæ
sanè maximi momenti est. Quoties enim lex alicui facto ipso iure pœnam imponit, vel
quia factum illud contineat delictum eiusmodi, quod ob publicam vindictam punien
dum sit, vel quia præsumptionem fraudis aliquam afferat, si tunc damus eum, qui legi
13 contrauenit, natura saltem ad pœnam obligari, illud pariter concedamus oportet, eun-
dem in foro animę illicò illi pœnæ obstrictum esse, & quod eo nomine soluendum est
ne quidem ante sententiam illū sibi tutò retinere posse. Ita Panorm. in c. 1. col. 3. vbi
Fely. col. 13. de constit. & in c. extirpandæ §. quia verò col. 8. vers. ex his dico. & col.
seq. vers. ex pręd ictis extra de pręb. Barbat. in c. Rainaldus col. 45. & col. 161. de testa.
Card. Alexandrinus in c. Fraternitatis col. penult. 12. q. 2. Felyn. in c. Rodulphus car.
penult. vers. limita 3. extra de rescript. & in c. cum nobis col. penult. eod. tit. Thomas
Parpalia in l. Si quis maior in 9. quæst. extra glosam C. de transact. Veruntamen his mi
nime aduersantibus, intrepide nos concludimus ad publicam pœnam nec naturaliter,
14 nec ciuiliter quemquam obligari. Quod vt clarius demonstretur, animaduertendum
est in primis, non semper obligatum rectè dici, quicunq; publica auctoritate ad aliquid
15 soluendum compelli potest; idque hoc solo exemplo facile demonstratur, quia qui cō
uenitur

uenitur rei vendicatione, si actor probauerit, ad rem illam soluendam officio iudicis manu militari compelli potest, vt ait Vlpianus in l. qui restituere.ff. de rei vendicat. At is tamen nullo modo dicitur obligatus, vt disertè tradit Iustinianus in.§. omnium Inst. 16
de act. vbi hac sola differentia distinguit actiones in personam ab ijs quę in rem proditę sunt, quoniam illæ proponuntur semper contra eum, qui aliquo modo obligatus est, hæ verò nullā in reo obligationē requirūt. Cuius distinctionis posterius caput in hęc
" verba proponit. Aut cū eo (inquit) agit qui nullo iure ei obligatus est, mouet tamē ali-
" qua de re cōtrouersiā, quo casu proditæ in rē actiones sunt, & quę sequuntur. Quę verba perspicue docent eum qui conuenitur actione in rem, quamuis ad eam restituendā compelli possit, tamen nulla obligatione teneri. Quod cum ita se habeat, illud constanter in hac tota disputatione retinendum est, non rectè inferri, vt qui deliquit, ideo dicatur obligatus, quia pœnam publicam inuitus luere cogatur. Satis enim fuit, ijs qui iurisdictionem exercent, legem præcepisse, eorumq; curę, atq; officio commisisse, nę deli- 17
cta impunita relinquerent, sed publicæ vtilitatis gratia crimina vendicarent, ac de scelestis hominibus supplicium sumerent. Cur verò eos qui delinquunt ad suscipiendam pœnam lex obligaret, nullam causam fuisse video. Neq; enim potuisset facere hęc obligatio, vt illi sese propterea ad pœnam promptius offerrent, siquidem reclamasset natura, quæ non patitur quemquam aut mortem, aut miseriam appetere. Secundò si obligatio ex his quoque criminibus oriretur, quæ publicę vtilitatis gratia vendicantur, & pro 18
quibus iudicia publica instituuntur, manca esset, atq; imperfecta diuisio obligationum, quam tradit Iustinianus in. §. sequens Inst. de obligat. dum dicit obligationes aut ex contractu esse, vel quasi contractu, aut ex maleficio, vel quasi maleficio; nam cū deinde ad eas deuenit obligationes, quæ ex maleficijs oriuntur, ea tantum recenset maleficia, in quibus pœnæ cōstitutę sunt non tàm publicæ vtilitatis gratia, quàm vt ei qui læsus est satisfiat. Cuiusmodi sunt furtum, rapina, damnum, iniuria; vt habetur in tit. de oblig. quę ex deli. nasc. cū tribus sequentibus. Alia verò grauiora crimina quorū publica sunt iudicia, & quibus pœnę publicæ constitutæ sunt, vt crimen lęsę Maiestatis, stupra, adulteria, homicidia, falsitates, & alia hac diuisione non est complexus, sed ad postremam partem reseruauit, omniaq; congessit in tit. de publ. iud. qui titulus omnium postremus est. Tertiò possumus hanc sententiam confirmare alio modo ex eo quod tradit Iustinianus in eo ipso tit. Inst. de publ. iudic. in princ. Publica iu-
" dicia (inquit) neq; per actiones ordinantur, neque omnino quicquam simile habent
" cum cęteris iudicijs, de quibus loquuti sumus &c. Quibus verbis apertè docemur pro iis criminibus, quorum publica iudicia sunt actiones nō cōpetere. At si ex eiusmodi de- 19
lictis oriretur obligationes, essent illæ proculdubio efficaces, cum nihil esset, quod earū effectū impedire posset. Nimis aūt certè absurdū, atq; à iuriscōsultorū oīum sentētia alienū esset, dari obligationē efficacē, ex qua actio nō oriretur, ar. l. licet. §. ea obligatio 20
.ff. de procurat. Quare merito in toto tractatu de publicis iudiciis, vti nulla actio, ita nulla obligatio consideratur; Neq; enim (vt arbitror) legem vllam reperiemus, in qua dicatur aliquē esse obligatū lege Iulia, vel Cornelia, aut similibus; sed quia ad officium Iu- 21
dicis spectat ea crimina punire, propter quę iudicia publica instituūtur, ideo loco actionis apud ipsos Iudices accusatio instituitur. Quartò permittit lex interdū, vt in eiusmo- 22
di criminibus pœnæ euitandæ gratia cum accusatore transigi possit. l. transigere C. de
" transac. Transigere (ait ibi Diocletianus) vel pacisci de crimine capitali, excepto adul

terio

terio prohibitum non est, &c. Sed hoc nimis absonum esset, si pœnæ suscipiendę obli
gatio in ipso reo resideret. Quomodo enim rectè posses de eo transigere, in quo
Reip. obligatus esses? Nam vel si quacunque alia ratione hoc permittendum videre-
tur, tamen hęc sola ratio quod lex ad pœnam te obligasset, transactionem impedire de-
23 beret. Alioquin lex esset sibi ipsi contraria, quæ ad suscipiendam pœnam reum ob-
ligaret, eidéque viã ostenderet, vnde transactionis ope pœnam ipsam euitaret. Secũdo
probatur hæc opinio ex. l. omnem obligationem. ff. de iudic. quo loci ait Paulus om
24 nem obligationem pro contractu habendam, vt vbicunque aliquis obligetur, & con-
trahi videatur, quamuis non ex crediti causa debeatur. Sicque ibi tantùm concedit ob-
ligationem adesse, vbi adest contractus. At contractus (vt supra ex Aristotele vidimus
25 quem in hoc diximus Paulum esse sequutum) non nisi ad iustum commutatiuum per-
tinent, quod nullis alijs nos pœnis obligat, præterq̃ illis, quæ damnum datum resar-
ciunt, vt ex eodem Aristotele supra ostendimus. Idque etiam ex eo confirmatur, quod
diximus iustum commutatiuum dirigi proportione aritmetica, quæ qualitatis perso-
narum nullam habet rationem, ac solius quantitatis æqualitatem nouit, sed in publicis
26 pœnis personarum ratio habetur. Est enim interdum cum grauius humiliores, mitius
honestiores puniantur, vt l. 1. ff. ad. l. Cornel. de sicar. §. Item lex Iulia. Institut. de
publ. iudic. vnde rectè concluditur eiusmodi pœnas neque ad iustum commutati-
uum, neque ad hanc nostram obligationum materiam quicq̃ pertinere. Hinc verò fa-
cili negocio ea omnia diluuntur, quæ pro communi sententia adduximus. Non ob-
stat quod primò dicebamus, conuenire obligationis diffinitionem; Primò enim re-
27 spondetur satis perspicuum esse, non semper cum de publicis pœnis agitur, hanc defini
tionem aptari posse, nam si pœna capitalis sit, nulla res pœnę nomine soluenda est;
quoniam repugnãt illa definitionis verba gratiã, alicuius soluendæ rei. Nec ratio ulla
est cur in publicis studijs interdum oriri. interdum non oriri obligationem dicamus.
Verùm amplius id affirmari potest, nunquàm planè hanc definitionem cõuenire, etiam
si ex publico delicto reus pecunia mulctandus sit, quamuis verè dici possit necessitate
obstrictus alicuius soluendę rei, quemadmodum neque illi qui conuenitur rei vendi-
catione voluit Iustinianus hanc definitionem accommodate, vt ipse testatur in §. om-
nium insti. de actio; & is tamen necessario adstringitur ad illam rem restituendam .l.
qui restituere .ff. de rei vend. Quod si quæsiero quo pacto à definitione obligationis
hæc ipsa speties excludatur, cum actio in rem contra aliquem proponitur, certè respon
28 debis excludi propter genus huius definitionis, quia nullum iuris vinculum in eius per
sona extat, qui rei vendicatione conuenitur; neque ipse vllo modo est obligatus, quam
uis ad iudicis officium spectet, vt manu militari ad rem restituendam illum compellat.
Sic ergo & cum quis publico iudicio accusatur, non concessero ego iuris vinculum in
eo residere, quo verè ad suscipiendam pœnam obligetur, licet si conuictus sit, pœnam
29 luere inuitus compellatur. Quocirca rectè dices eum pœnę addictum, & destinatum,
nõ tamen obligatum. Vel si etiam obligatum dicere malueris, non magnopere aduersa
bor, nec de voce valde sollicitus ero, dummodo obligatum pro addicto accipias, vt
30 sæpe accipi solet, ac fatearis (id quod fateri necesse est) huic ipsi quem dicis esse obli-
gatum, non inesse obligationem eo modo quo à Iustiniano & definitur, & diuidi-
tur, & prout nõ tantum in hoc titulo, sed etiam in tota obligationũ materia à Iuriscon
31 sultis consideratur. Nã si solã vocẽ spectaris, etiam fundum pignori datum rectè dixeris

obligatum esse, vt dicitur in. l. 3. 4. 5. & passim C. quæ res pign. oblig. poss. tamen constat obligationem quatenus cadit in rebus inanimatis in hac definitione obligationis non comprehendi, neque pignus vere obligatum esse, sed quicquid pignori obligationis inest, id planè totum in eius qui pignus accepit, persona residere. § vlt. Instit. qui. mo. re contr. oblig. Quemadmodum etiam rem pignori datam fatemur solutioni planè addictam ac destinatam esse, ita ut nisi prestetur quod prius debitum erat, necessario illa soluenda sit, et tamen hanc quam querimus obligationem in ea reperiri negamus. Sic quamuis ille qui crimen aliquod commisit, ex quo publico iudicio damnari possit, pœnę publicę sit addictus, atq; eā luere, si cōn uictus fuerit, omnino compellendus sit, nullam tamen in ipsius persona iuris vinculum, nullamque obligationem reperiri concedimus. Ad 2. argum. dum perpenduntur illæ leges in quibus dicitur lege Cornelia, lege Iulia, vel similibus quempiam teneri, eodem 32
fermè modo responderi potest; nam fatemur posse dici aliquo modo teneri eum qui deliquit, quatenus pœnæ addictus est, sed obligationē, quæ iuris vinculum est in eo nullā reperiri contendimus. Atque hìc quoque eodem pignoris exēplo vti possumus, sicut enim dicimus pignus esse obligatū, ita dicimus pignus teneri; sic Paulus in. l. naturaliter 33
.ff. de condit. indeb. Et pignus (inquit) pro eo datum tenebitur. Et tamē ipsi pignori (vt dictum est) obligationem non rectè tribuimus. Cauendum est igitur diligenter ne modi forsan loquendi nos decipiant, nam hęc verba teneri, & obligari, vel si persæpe obligationem significent, interdum tamen ad ea quoque referuntur, in quibus non adest hęc ipsa obligatio, de qua iurisconsulti in hac materia loquuntur. Idem & de verbo deberi affirmandum puto; Video enim id optimè probari Inst. de act. in princ. 34
iuncto. §. 1. vt & rectè ibi contendit Eguin. Baro interpres. iudicio meo, solidus & eruditus, quicquid contra Accursius, & alij ibidem comminiscantur. Quare illud quoque parum deberet nos mouere, quod iurisconsultum fortasse aliquem sic loquentem inueniremus, vt diceret stupri, vel homicidij pœnam, aliam vè similem ab aliquo deberi. Verumtamen responsum illud Modestini, quod supra adduximus in .l. quod 35
ex his causis .ff. ad .l. Iul. de adult. vbi vtitur iurisc. verbo debetur, alia de causā nostræ sententiæ non aduersatur; quandoquidem ibi non agitur de pœna legis Iuliæ, quę nulla actione peti potest, sed de his rebus, quæ accusationis occasione debentur, ac per condictionem ex lege peti possunt, vt si de seruis rei quęstio habita fuerit, & ipse reus postea fuerit absolutus, nā ęstimari per iudices damnū voluit lex Iulia, siue mortui fuerint serui, quantę pecunię ante quæstionem fuerint, siue viuant, quantę pecunię in his damnum datum fuerit, factum vè, vt refert ibi Vlpianus in .l. proximè superiori. Quoniam ergo huius damni emendatio erat in obligatione, & vbi adest efficax obligatio, aliquam semper actionem competere necesse est, quæ nam sit actio illa, quærit ibi Martianus, & condictione ex lege agi posse concludit. Non obstat pręterea quod 3. loco dicebatur, adesse hìc naturalē ęquitatem, quæ iubet delicta puniri, & adesse insuper dispositionem legis ciuilis, qua idem præcipitur; nam quamuis necessaria hæc sint, vt inducatur obligatio, vel naturalis, vel ciuilis, tamen nōn sequitur, vt 36
quoties hæc adsunt, semper ex iis obligatio inducatur. Sequeretur hoc quidem, si vel naturalis ęquitas, vel præceptum ciuile eò spectarent, vt illi qui deliquit obligationis vinculum inijcerent, & ad pœnam suscipiendam illum adstringerent, sed hoc non fuit hìc necessarium, cum satis hìc fuerit iudicibus, ac magistratibus

eam

eam curam demandare, vt debitas ab illo pœnas exigant Restat vltimum argumen-
tum, quod omnium maxime videtur vrgere de . l. obligamur . §. lege obliga-
37 mur . s. tit. prox., dum ait ibi Modestinus lege nos obligari, cum obtempe-
rantes legibus aliquid secundum pręceptum legis, aut contra facimus; vnde necessariò
inferri videtur, eum qui legis Pompeiæ, aut Flauiæ, aut Corneliæ, aut alterius simi-
lis præcepto aduersatus est, ea lege obligatum esse. At neq; hoc argumentum no-
strę sententiæ quicquā aduersatur; nā verè ibi loquitur Modestinus de ea obligatio-
ne, ex qua actio proficiscitur, vt rectè probatur ex illa ipsa Rubr., quæ inscri-
bitur de actionibus & obligationibus, Tunc autem tantum oritur ex delicto actio
38 ad pœnam cum pœna parti applicanda est, non autem cum pœna publica est vt pro-
batur in . §. sequens. instit. de obligat. iuncto eo quod habetur instit. de pu-
blic. iudic. in princip. Quare vt accipiamus hoc responsum in iis terminis, in qui-
bus Modestinus loquitur, cum ipse dicit lege obligari eum qui contra præce-
ptum legis facit, debemus intelligere de eo tantum, qui ob delictum quod
commisit, actione conueniri potest, non de illo contra quem non actio, sed ac-
cusatio instituitur, de quo solo nos hoc tempore loquimur. Atque hoc non
tantum ostenditur ex inscriptione Rubricę, quam proximè perpendimus, sed
probatur etiam ex . l. proximè pręcedenti, cui hæc ipsa lex videtur esse connexa,
ibi enim Celsus definit actionem nihil aliud esse, quam ius persequendi iudicio, quod
nobis debetur; declarat postea Modestinus in . l. sequenti quomodo hoc debitum
inducatur, compluresque modos enumerat, qui omnes propterea ita accipiendi erunt,
vt ad illud debitum pertineant, ex quo actio oriri potest. Præterea respondetur voluis-
39 se ibi Modestinum tantummodo demonstrare quid illi modi obligandi differant
inter se, quos ipse ibi recenset, at non id egisse, vt in singulis modis definitiones
traderet eiusmodi quæ cum suo definito conuerti possent, ait enim nos obligari; aut
re, aut verbis, aut re, & verbis simul &c. Re dicit nos obligari, quando res interuenit,
sed clarè videmus hanc definitionem non conuerti cum suo definito, quia non semper
cum res interuenit, inducitur obligatio, vnde voluit hoc proculdubio iurisc. signifi-
care, quoties ex eo profluit obligatio, quod res aliqua interueniat, re contractam dici
obligationem, ac in reliquis etiam modis explicandis eundem Modestini fuisse sensum
reperiemus. Quare quando dixit lege nos obligari, cum facimus contra pręceptum
legis, intellexit obligationem, quæ oritur ex eo quod contra præceptum legis
faciamus, lege dici introductam, non tamen sensit ex hac ipsa causa semper obligatio-
nem oriri. Siquidem præsto est semper illa instantia, quod qui negat restitue-
re rem alienam, facit contra præceptum legis, et tamen nec lege, neq; alio modo obliga
tur, sed officio Iudicis tantùm cōpellitur, vt supra diximus. Itaq; voluit id vnū Modesti
nus nos docere, quo pacto obligationem lege inductam à reliquis obligandi modis di
stingueremus, neque enim ita loquutus est, vt quæ dixit omnia penitus ad calculum
reuocari possint, vt facile intelligas præter id quod diximus, nihil aliud eum spectas-
se. Quod ipsum etiam ex eo optimè intelligitur, quia dicit lege nos obligari cum obtē
perantes legibus aliquid secundum præceptum legis, aut contra facimus. Non eodem
40 certe modo inducitur obligatio, quando aliquid secundum præceptum legis facimus,
et quando contra. Quoties enim quid facimus secūdum præceptum legis, ex illo facto
non oritur obligatio, sicut quando contra facimus. Verum ipse intellexit obligationem

legeinductam tunc tantum posse considerari, cùm obtemperantes legibus aliquid facimus, aut secũdum leges, aut contra. Nam cum facimus aliquid secundum leges, agnoscimus in eo obligationem, quę nos, vt id faciamus, adstringit, illud tamen exigit iurisc. vt obtemperantes legibus ita faciamus, hoc est eo animo, vt dum id facimus, legibus obtemperare velimus. Etenim si Saracenus, gratia exempli, aliquid faceret, quod nostris tantùm, & non suis legibus præciperetur, nullam in illo facto possemus considerare legis obligationem pręcedere, quia non eo animo id faceret, vt legibus obtemperaret, vt pote qui legibus sese obligatum nõ agnosceret. Rursus etiã cum aliquid facimus non per se quidem alioquin improbatum, sed quòd pręcepto illarum legum aduersetur, quibus tanquam subditi obtemperamus, tunc obligamur ad illud quasi resarciendum quod contra legis præceptum commisimus. Videtur hic mihi verissimus esse illius legis sensus, quem si recipiamus nõ erunt exempla Accursii necessaria, quibus demonstrare conatur, quomodo ex eo quod faciamus secundũ pręceptũ legis, possit obligatio oriri. Primum exemplum est, cum colonus finito tempore cõdu 41
ctionis in conductione permansit. Secũdum, cum quis negotium alterius facere cœpit, quæ tamen duo prima exempla ipsi Accursio non satis arrident. Tertium est cum vsuras solo pacto debitas longo tempore quis soluit. Quartum cum alimenta inutiliter relicta per triennium præstitit. At neque hæc postrema (vt nec duo prima quæ displicent Accur.) verbis iuriscõsulti rectè accõmodantur. Nã loquitur ipse quando secundũ pręceptum legis aliquid facimus, sed in pręd ictis exemplis id quod facimus à lege non pręcipitur. Et hęc exempla tradit Accursius ex sententia Martini. Quintum & vltimum est quod ipse affert ex propria sententia, cum collocantes filias nuptui, secundum pręceptũ legis ad dotem mox constituendam obligamur. Quod multò etiam minus recipiendũ est; quandoquidem aderat præceptum de dotanda filia, anteaquam ipsa nuptui traderetur; vnde ex illo facto dotandi obligatio non inducitur. Imò verò dubitari solet, 42
an ex nuptijs ea obligatio perimatur, ita vt pater filiam, posteaquam nupta est, non teneatur dotare; qua de re plenè aliquando diximus in l. 1 .ff. solut. metr. Atqui certè sicuti hęc exempla minime congruunt, ita nihil est, quod in alijs perquirendis elaboremus, cum mens iurisconsulti non illa fuerit, vt ex eo quod secundum pręceptum legis aliquid faciamus, oriri obligationem existimauerit. Responsum hoc Modestini plenius aliquanto explicandum censuimus, quoniam primo aspectu videbatur obscuritatis plurimum habere, quanquam ad id quod quęrimus satis nobis esse poterat illud ostẽdisse, non rectè posse ex his verbis colligi, eum qui delinquit ad publicam pœnam obligari, cũ ex hoc solo nostra sentẽtia satis defendatur. At video cõtra hanc ipsam sententiã ex ijs quæ nosmetipsi supra conclusimus, multò fortius argui posse in hunc modum. Diximus supra eũ qui alterũ lædit, natura obligari, vt quod dedit damnum resarciat, propterea quod natura in nostris operationibus omnibus æqualitatẽ maximè exposcit, Quod cũ ita se habeat, ex hoc videt̃ necessario illud sequi, vt qui in legem Iuliã puta, vel Corneliã, vel alias similes delinquit, ex quibus publica iudicia exercent̃, ad pœnã publicã obliget̃. Lędit em̃ is proculdubio Rẽpub. ob malũ exẽplũ, dãnũq; illi nõ mediocre in- 43
fert. Quare nulla videtur esse ratio, cur nõ hunc quoq; obliget natura, vt quemadmodũ priuato, ita & Reipub. quæ hac in re quoddã quasi vulnus accepit, damnum resarciat, Nec sanè poteris hoc argumentũ ex eo declinare, quod dicas hoc damnum nõ esse eius modi, vt ipsius Reip. opes minuat, nam si quis priuati hominis aut corpus vulneret,

aut

aut eius existimationem aliquo iniuriarum genere deminuat, non magis pecuniarium (vt ita loquar) videtur esse hoc damnum, quam cum Respu. ob malum exemplũ læsa est; & tamen qui priuatum lædit ipsi priuato obligatur, vt tantum soluat quanti ea res fuerit æstimata. §. pœna autem instit. de iniu. Quamuis hæc obiectio videatur primo aspectu plurimum vrgere, tamen facili negotio tolli potest. Constituendum est
44 ante omnia, semper satisfactionem ad eam partem maximè dirigendam esse, in qua maximè damnum extare perspicitur. Quo fit, vt cum ab eo, qui publico crimini obnoxius est, Respub. ob malum exemplum lęsa fuerit, non rectè ipsi Reip. satisfieri possit, nisi id fiat, quo cæteri ciues ab eo crimine tantum deterreantur, quantum eius exemplo qui deliquit ad illud ipsum inuitari potuissent; Fieri verò hoc non potest, nisi is qui de-
45 liquit, aut vita priuetur, aut quocunq; alio modo ad eam miseriam, & ærumnã redigatur, vt cæteris exemplo sit ad maleficia deterrenda. Itaq; firmum hoc maneat oportet, in pœnis publicis infligendis delinquentium miseriam maximè spectari, imò verò ex ea sola Reip. damno posse satisfieri. In pœna sanguinis hoc apertè conspicitur, quę si
46 per se consideretur, Reipublicę nihil prodest, imò verò maximè nocet, nam si hominẽ interfeceris, & propterea tibi quoq; moriendum sit, in pœna exigenda nouam iacturam facit Respub. cuius pręsertim interest liberis hominibus quammaximè affluere l. 1. ff. solut. matr. Verum prodest hęc pœna Reip. quatenus eius atrocitate cæteri ciues à maleficijs deterrentur. De illa rectius forsan quis addubitet, quę non corpus afficit, sed in pecunia consistit, nunquid propter lucrum, quod ipsa pecunia secum affert, an verò potius propter miseriam, & paupertatem ad quam delinquens redigitur, Rei-
47 pub. satisfaciat. At ne de hac quidẽ dubitare nos patitur Triphoninus in l. Bona fides ff. dep. vbi de eiuscemodi pœna loquitur, atq; in ea solã delinquentis egestatẽ considerat, non lucrum, quod ex ea pecunia fiscus facit. Nam malemeritus (inquit) publicè, "
vt aliis exemplo ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet. Alioquin ve "
48 rò cogeremur fateri, quoties lex ob personarum honestatem pœnam ex capitali pecuniariam facit, vt in l. 1. ff. ad l. Corn. de sica. & §. item lex Iul. Inst. de publ. iudi. legis intentionem mutari, & in honestioribus pecunię lucrum magis attendi, publicum verò exemplum, ac deterrendorum maleficiorum rationem minus considerari. Quod tamen nemo (vt arbitror) affirmauerit, cum nulla ratio sit, cur minus nobiles q̃ humiles à maleficijs deterrere legumlatores in animo habuerint. Hoc ita constituto, iam rationem habemus cur ad publicam pœnam is qui deliquit obligatus non sit, si-
49 quidem natura neminẽ obligat vt vel mortis supplicium appetat, vel miserijs, & ærumnis se ipsum exhibeat, quin potius permittit, ac monet, vt pœnę vitandæ gratia, quantum in ipso est, delictum occultet, id quod (vt statim dicemus) nec etiam improbant Theologi, qui naturę debita potissimum intuẽtur. Hanc porrò obligationem quam natura non cognoscit, lex ciuilis inducere contra naturæ præscriptum minimè debuit, sed satis fuit, magistratibus (quemadmodum supradiximus) hanc curam demandare vt scelestis hominibus acriter obsisterent, ac publica crimina publicis pœnis vindicarẽt. Siciam optimè (nisi fallor) demonstratum est verissimam esse hanc nouam opinionem, si modo noua dici potest, quam apertè & Aristoteles & Iustinianus nos docuerint, licet à nostrorũ interpretum mente sit alienissima. Qua ex re intelligitur, neque etiam illud tutum esse, quod ex communi sententia deducebatur, eiuscemodi pœnis eum qui deli-
50 quit in foro animæ obstrictum esse, nos enim verius esse existimamus, ante sententiam

eum

eum non teneri, id quod docet Diuus Thomas in 2. 2. quæst. 62. art. 3. idemq; etiam ex nostris pleriq; senserunt, vt Bald. in l. id quod pauperibus. in 9. q. vers. sed pone testator. C. de episc. & cleric. Andr. de Isern. in constit. incip. violentias, (quamuis ibi Mathæus de Afflic. col. 3 in 2. quæst. illum reprehendat) Petrus de Anchar. in reg. possessor male fidei. col. 25. de reg. iu. in 6. Quod si corporali supplicio à lege quis addicatur, neq; etiam post sententiam in iudicio animæ ad eam pœnam obligabitur, vt rectè concludit Domin. Sotus lib. 1. de iust. & iur. quæst. 6. ar. 6. in 5. conclu. atq; in toto illo art. hanc ipsam quæstionem, quæ pertinet ad obligationem in foro conscientiæ copiosissimè tractat. Est tamen interdum cum pœnam in foro conscientiæ retinere non possis, etiam ante latam sententiam, veluti cum lex in pœnam criminis impe- 51
dit primam alicuius rei acquisitionem, non enim tunc tutò poteris eam rem tibi retinere, non quia vlla ad restituendum orta fuerit obligatio, sed quia nullũ in ea re ius obtinebis, quæ tibi lege impediente acquiri non potuerit. Itaq; si beneficium, gratia exempli, per simoniam scienter commissam impetraueris, quoniam titulus nullus est, nullũq; in sacerdotio ius acquisiuisti, teneberis in foro conscientiæ beneficium dimittere, fructusq; omnes etiam consumptos restituere. Ita sentit Diuus Thomas in 2. 2. quęst. 100. 52
ar. 6. ad 3. probaturq; in c. de simoniacæ & in c. de regularibus extra de simon. c. ordinationes, & c. si quis Episcopus 1. q. 1. Idemq; concludendum erit, si hæreditatem adierit spurius qui à lege humana incapax redditur paternę hæreditatis, vel si beneficij collatio fiat ei, qui vel tanq̃ illegitimus, vel ob aliam causam irregularis sit, ac beneficiorũ 53
ipso iure incapax; tenetur enim vterq; fructus perceptos restituere, cum in propositis spetiebus neq; hereditatis aditio, neq; beneficij collatio ius vllum tribuerint, iuxta ea quæ tradit Dynus in reg. 1. de reg. iur. in 6. Inno. in c. cũ nostris de conceſ. pręben. Milius in repert. in ver. irregularis vt homicida. facit tex. in c. dudum 1. de elect. Videndusq; est Didac. Couar. in reg. peccatum in 6. part. § 8. nu. 7. de reg. iur. in 6. & in Epit. ad 4. lib. Decret. par. 2. c. 6. §. 8. nu. 16. & c. 8. §. 5. nu. 8. Quibus in locis hac de re tota tã copiose disserit, vt nobis in ea explicanda diutius versari nõ sit necesse.

ARGV.

Conuentionum duo potissimum genera esse, quarum vni contractus, alteri verò pacti nomen tanq̃ magis peculiare conueniat; Atq; ex hoc decidi illã quæstionẽ copiose à nonnullis disputatam, vtrum pactum in genere, an verò in spetie tantum accipiatur.

1 Confunduntur interdum consensus, & conuenio.
2 Conuentiones quæ re perficiuntur, non rectè pacta appellari possunt.
3 Solent & quę subiecto conueniunt diuersis nominibus nuncupari, si ratione inter se differant.
4 Omnium maximè contractus nomen merentur conuentiones, in quibus rei traditio interuenit.
5 Contractus quomodo græcè.
6 Quo ex fonte in conuentionibus quæ re perficiuntur, nascatur obligatio.
7 Consensus quanuis in omnibus conuentionibus necessariò recquiratur, non tamen ipse semper est radix, ac fundamentum obligationis.
8 Communis distinctio inter cõsensum materialem, & formalem.
9 Nudum consensum continere possunt illæ quoq; conuentiones quæ transeunt in proprium nomen contractus.
10 Quæ continent nudum cõsensum verbis fieri non perperam dicuntur.

11 Quo-

CAP. V.

DE Contractibus inuoluntarijs, quos nostri delicta appellant, ac de obligationibus ex ijs prodeuntibus satis copiosè hactenus loquuti sumus. Quare de contractibus voluntarijs, quos diximus conuentiones appellari, deinceps nobis agendum est. Voluntarios contractus appellat Arist. qui duorum pluriumuè voluntatem, & consensum continent, vt tradita ab ipso exempla liquidò ostendunt. Et quia consensus (cùm sit quasi simul sensus, vt aduertit Accursius in l. consensu. s. tit. prox.) toties interuenit, quoties duo vel plures in eandem sententiam conueniunt, ideo rectissimè hac in re Iurisconsulti conuentionis verbum semper vsurpant. Est enim verbum conuentio ad consensum ipsum exprimendum quammaximè accomodatum, quod disertè ostendit Vlpianus in l. 1. §. conuentionis. ff. de pactis. Conuentionis verbum (inquit) generale est ad omnia pertinens, de quibus negocij contrahendi, transigendiuè causa consentiunt, qui inter se cœunt. Nam sicut conuenire dicuntur, qui ex diuersis locis in vnum locum colliguntur, & veniunt, ita qui ex diuersis animi motibus in vnum consentiunt, hoc est in vnam sententiam decurrunt. Hac de causa videmus consensum sæpe confundi cũ conuentione, vt in illa ipsa l. 1. §. Adeò. Adeò autẽ (inquit ibi Vlpianus) conuentionis verbum generale est, vt eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quæ non habeat in se conuentionem. Loquitur hîc de conuentione, postea cum hoc ipsum probat quod de conuentione dixit, non conuentionis, sed consensus vocabulum vsurpat. Nam & stipulatio (inquit) quæ verbis fit, nisi habeat consensum nulla est. Quibus verbis consensum, & conuentionem pro eodem accipi apertè demonstrat. Cum ergo cõuentionis vocabulum voluntarios omnes contractus complectatur, quibus scilicet contrahentium cõsensus inest, meritò factum est, vt Vlpianus cum generalem nobis tradidit diuisionem, quæ & pacta comprehenderet, & contractus strictius acceptos (de quibus paulò inferius dicemus) conuentionis vocabulo vsus fuerit. l. iurisgentium. ff. de pact. Nos porrò de conuentionibus, earumq; obligationibus hoc loco tractaturi multa passim cõtra communem sententiam afferemus, quorum

quorum iudicium ab iis qui hac nostra legent, tandiu differri volumus, donec ea om-
nia capita perlegerint, quę eundem tractationis contextum habebunt. Siquidem eo or-
dine hæc nos tradenus, vt quę antecedunt ab ijs quæ postea subsequentur maximè il-
lustrari possint. Anteaquam verò ostendamus, ex quibus conuentionibus obligatio-
nes oriantur, illud inprimis necessarium esse ducimus, ut conuentiones ipsas in certa
genera distinguamus, ac planè explicemus quibus nominibus singula genera appellen
tur, ne ipsorum forsan nominum confusio ijs quę postea dicturi sumus, obscuritatē
aliquam afferre possit. Conuentiones omnes (si veram illarum substantiam intueamur)
in duas tantùm species rectissimè di uidemus. Quædam enim sunt quæ rei alicuius tra-
ditione perficiuntur Alię verò quæ nullius rei traditionem, sed solum vtriusque partis
consensum habent. Quod attinet ad illas conuentiones, quæ re perficiuntur, non puto 2
illas rectè pacta posse appellari, atque hac in re ab alijs expositoribus dissentio. Frequē
tius ipsi concludunt generatim accipi pactum, ita vt de omnibus quoque contractibus
prædicetur (cum de contractibus in posterum mentionem habebimus, semper contra-
ctus in spetie sumptos intelligemus) Ita Accursius in l. 1. in vers. figuris. sup. tit. 1. Bald.
in tract. de pactis, Raph. Cuma. in l. 1. §. si quis ita 1. tit. nostro. Ego verò tametsi
non inficior in omnibus planè conuentionibus pacti substantiam reperiri, cum pactū
semper habeat duorum, plurium ve placitum, & consensum, sine quo nulla conuentio,
aut obligatio consistit, tamen apud antiquos iurisconsultos obseruari potest, hoc placi
tū, & hunc cōsensum nō appellari pactū, quatenus ijs cōuentionibus includitur, quæ re
perficiuntur, idq; ita esse ostendemus inferius, vbi etiā huius rei rationē afferemus. Nec
sanè nouum hoc est, aut cuiquā incognitum, posse duo, vel plura subiecto simul conue 3
nire, diuersis tamen nominibus nuncupari, quatenus ratione aliqua inter se differunt;
Hoc modo fructum à semine plerunque distinguimus; Videmusq; etiā veteres suis illis
de natura Deorum figmentis varia Lunæ tribuisse nomina, neque ea tamen omnia sem
per, aut vbiq;, sed Latonam in cœlo, in terris Dianam, apud inferos Proserpinam vocas
se, cum tamen vnum, & idem illius numen esse arbitrarentur. Quare frustra mihi viden-
tur mirari nonnulli, quomodo non ibi semper pacti nomen conueniat, vbi duorum
placitum, & consensus reperiatur, quasi vero semper & nominis, & substantię eandem
prorsus rationem esse necesse sit. Quemadmodum verò nos negamus has conuentio-
nes, quę re perficiuntur dici posse pacta, ita eas solas affirmamus verè, & proprie contra- 4
ctus appellari, etiam si ab vna tantum parte obligationum contineant; nec nos moueat,
quod ex sententia Labeonis tradit Vlp. in l. Labeo. §. contractum. ff. de verb. signif. cō
tractum esse vltrò, citròq; obligationē; nā hęc verba non modo huic sententiæ nostræ nō
reclamant, sed maximè potius suffragantur, vt demonstrabimus paulò inferius, cum de
illius legis intelligentia agemus. Hoc modo verò accipi cōtractus vox ipsa facile ostēdit,
seu Græci, seu Latini vocabuli deriuationē spectemus. Græci (vt nō semel Vlp. tradit) con 5
tractū appellāt συνάλλαγμα quod verbū tractū ē ἀπὸ τοῦ συναλλάττειν idest à permutādo. Per
mutatio autē nō solis verbis fieri dicitur, sed re & facto. Nec minus etiā hoc ostēdit latini
vocabuli deriuatio, nā cōtractus nomen a cōtrectatione est, quę cōtrectatio nō verbis fit
sed subsit aliquid oportet, quod cōtrectetur, & hoc apertè docet nos Vlp. in l. iurisgen-
„ tiū. §. 1. vers. sed & si. ff. de pactis. Sed etsi (inquit) in alium contractū res, nō transeat,
„ subsit, tamen causa elegāter Aristo Celso respōdit esse obligationem, vt puta dedi tibi
„ rē, vt mihi aliam des, dedi vt aliquid facias καὶ συνάλλαγμα εἶναι, & hinc nasci ciuilē actio

nem

nem, & paulò post. Esse enim contractum, quod Aristo. ait συνάλλαγμα vnde hæc nascatur actio. Ita fit vt illis tantum conuentionibus, quæ re perficiūtur verè dicatur συνάλλαγμα inesse, & propterea illis solis vere & propriè cōtractus nomen conueniat. Vt autem in his singulis conuentionū generibus videamus sigillatim an ex ijs nascatur obliga
6 tio; quantum ad has ipsas pertinet, quæ re perficiuntur, dubitandum non est quin obligatio non modo ciuilis propter legis approbationem, sed etiam naturalis inducatur. Cum enim ab æquitate proficiscatur naturalis obligatio.l.stichum §. naturalis.ff.de solut. negari non potest quin certissimum semper adsit æquitatis fundamentum quoties rei prętatio interuenit, nam si rem aliquam tibi commodauero, vel apud te deposuero, ęquissimū est te illam restituere, c. ius naturale.1.distin. ideoq; sola rei præstatione ad
7 restituendum obligaris; quamuis enim tunc quoque consensus adsit, nec sine consensu vlla possit oriri obligatio, vt disertè ait Vlp. in.l..1.§.penul.ff.de pact.tamen quoties rei traditione perficitur conuentio, tunc accedit potius consensus, potiusque consequitur id quod actum est, quam radix ipse, ac fundamentum obligationis dici possit. Præterea rectè docuit Iustinianus in eiusmodi conuentionibus re contrahi obligationem
8 §.vlt.insti. de oblig. iuncto tit. sequenti. Nostri quoque interpretes, qui hac in re odorem veritatis aliquem habuerunt, dixerunt hunc esse consensum materialem, sed non formalem, quę distinctio licèt falsa sit, vt postea dicemus, in eo tamen rectè senserunt, quod putarunt rem ipsam potius quàm consensum his conuentionibus formam præbare. Et hæc hactenus de primo conuentionum genere, quæ re perficiuntur. Alterum
9 est genus earū quę continent nudū consensum, cuiusmodi sunt conuentiones oēs, quę non re perficiuntur, siue certo nomine careant, siue transeant in proprium nomen, quas & ipsas posse contractus, quamuis alia de causa, appellari infra ostendemus, vt emptio, venditio, locatio, conductio, societas, siquidem hæ quoque conuentiones quamuis nominatæ, nudum tamen consensum dicuntur continere, vt docet Paulus in.l.1.ff. de rer. permut. Alioquin (inquit) si res nondum tradita sit ex nu- "
do consensu constitui obligationem dicemus. Quod in ijs dumtaxat receptum est, "
quæ nomen suum habent vt in emptionem venditione, conductione mandato. Quo- "
niam verò (& hoc diligenter attendendum est, iurisconsultorum enim sententiæ maximè cōuenit, licèt primo aspectu fortasse alicui absonum videri possit) quoniam (inquā) pręter verba, seu voce, seu literis prolata nihil planè aliud est vnde ellici, exprimiq; possit iste consensus, in quo conuentionum substantiam ponimus, iccircò hę conuentio-
10 nes omnes quę non re fiunt, sed consensu, rectè dicuntur verbis celebrari. Verba enim in ijs maximè attenduntur, ac perpenduntur, quamuis non per se, sed qua consensum exprimunt. Quocirca non pugnant hæc duo, vt hæ conuentiones dicantur verbis contractę, & tamen nō tàm verbis perficiantur, quàm cōsensu, ad quē vnū exprimendū cū uerba adhibeātur potiorē eū esse necesse est. Propterea Paulus in.l. si stipuler.§.ult.1.eo.
Si in locādo (inquit) cōducēdo uēdendo emēdo ad interrogationē quis nō respōderit "
si tamē consentiāt in id quod respōsum est, ualet quod actū est, quia si contractus nō tā "
uerbis quā cōsensu cōfirmantur. De huius responsi intelligētia infra plenius agemus, nūc aūt satis erit illud adnotasse potiorē quidē consensum in his cōuentionibus esse, sed nō uerbis illas celebrari, ut dictiones illę tā, & q̄ satis apertè demōstrant. Ita fit ut omnes conuentiones, quæ perficiuntur consensu, rectè ad illas redigi possint, quæ uerbis fiunt, quamuis in stipulatione maior quædā subsit ratio, cur illa potius uerbis dicatur

D contractæ,

contractæ, quàm cœteræ quę verborum solemnitate carent. Quare si conuentiones ipsas quantum ad primam, simplicioremq; earum naturam cõsideremus, rectè poterimus 11 hac sola distinctione omnes complecti, vt dicamus alias re, alias verò verbis contrahi. Nam sicut depositum, commodatum, alięque similes conuentiones, in quibus necessariò res interuenit re contrahi dicuntur, ita quę consensu fiunt, ac verborum solent egere adminiculo (nisi quid fortasse interueniat, vt postea dicemus, quod verborum uice fungatur) rectè dici possunt uerbis contractæ; nam neque auditur, neque etiam cernitur consensus, uerba autem sensibus magis peruia sunt. Ac ne quispiã nos tantum hæc coniectari putet, habemus hac in re authorem Vlp. in .l. 1. de pact. in. §. adeò. 12
" Adeò autem conuentionis uerbum generale est, ut eleganter dicat Pædius nullum esse
" contractum nullam obligationem, quæ non habeat in se conuentionem siue re, siue uerbis fiat. Minimè uerò dubitandum est, quin hac distinctione omnes planè conuentiones Vlp. complecti uoluerit, licet postea solius stipulationis exemplum afferat, tùm quia de ea magis dubitari poterat, tùm etiam quia potiori quadam ratione uerbis contracta dicitur. Verùm si secundo illo distinctionis capite stipulationem solam plexus esset, ineptissimo loquendi modo fuisset usus, neque rectè id quod sibi propositum erat, demonstrasset. At (dices) esto conuentiones, quę consensu fiunt posse dici uerbis contractas, cur verò non saltem eam conuentionẽ, quæ literis fit, seorsum expressit? Vt omittam id quod uerè dici posset, literis quoque exprimi uerba. l. solent §. ult. cum simil. ff. de præscrip. uerb. respondeo id fuisse in causa, quia literæ non ullam conuentionis diuersam speciem constituunt; literarũ enim obligatio nihil aliud est quam 13 mutuum præsumptum, cum in re obscura & incerta sic coustitui necesse fuerit, vt post biennium syngraphæ crederetur pecuniæ numerationem attestanti, ita vt eius fides ne testibus quidem vllis infringi posset. Et hac ratione videmus literarum obligationis nullam apud iurisconsultos esse mentionem, ac ne quidem in l. 1. s. tit. prox. vbi Caius cœteras 14 obligationis species ennumerat. Quamuis Iustinianus ut magis distinctã terminorũ cognitionem nobis traderet, pleniorem attulerit distinctionem, quæ tamen (vt dictum est) inspecta prima, simpliciorique conuentionum natura parum fuerat necessaria. Vt verò de harum quoque conuentionum nomine (vt & de superioribus fecimus) antea breuiter agamus, nostra hæc sententia est, vt quemadmodum diximus superiores illas, quæ re perficiuntur, non pacta, sed maximè propriè contractus appellari, sic putemus 15 istas, quę continent nudum consensum, ac uerbis fieri dicuntur, siue ad agendum efficaces sint, siue minus, verè & propriè pacta dici posse. Itaque non tantum ab ijs dissentimus, qui volunt dari pactum in genere, quod de omnibus planè conuentionibus prædicetur, vt frequentius receptum est, sed etiam illis aduersamur, qui 16 contra hanc receptiorem sententiam defendere conantur, pactum non nisi in spetie reperiri, & referri tantummodo ad illa pacta quę non transeunt in spetiale nomen contractus; cuius opinionis author fuit Franc. Duare. in .l. 1. nu. 24. & 25. 17 .ff. de pactis, eamque fusius prosequitur libro. 2. disput. anniuers. cap. 8. Quo in loco ab obiectis Eguinarij Baronis illam defendere conatur. Duarenum sequutus est Iacob. Cuiatius in illa ipsa l. prima. Nos hanc (vt diximus) opinionem falsam putamus. Nam licet fateamur pacti nomen non tam latè patere, quem 18 admodum doctores frequentius existimant, cum ad conuentiones, quę re perficiuntur non rectè illud referri statuamus, tamen secundi generis conuentiones planè omnes,

omnes, quæ verbis, & consensu fiunt rectè pacta generali vocabulo dici posse affirmamus, etiam si in proprium nomen contractus transeant, vt emptio, venditio, societas, & alię cuiuscemodi, quæ non tantum ad excipiendum, sed etiam ad agendum efficaces sunt. Quod ipsum haud obscure indicat Scæuola in.l.stichus §.idem quæsiit .ff. de condict, indeb. Idem quæsiit (inquit) an pactum quod in pactionibus describi solet in " hunc modum, ex hoc contractu nullam inrer se controuersiam amplius esse, impe- " diat repetionem, &c. Cum de pactionibus ibi sceuola loquatur, atq; in exemplo proponendo eaq; quasi formula tradenda contractus vocabulum usurpet, apertè in hoc ostendit, pactionum appellatione contractus quoque contineri. Nec dicatur ibi eum
19 de pactionibus, nos uerò de pactis loqui, nam uix est ut inter pactum, & pactionem ulla differentia reperiri possit. Si enim aliquid differrēt inter se pactum, & pactio, damnādi proculdubio essent nostri Compilatores, qui cum titulum de pactis inscripsissent postea in.l.1.illius tituli non pacti, sed pactionis, sicque diuersi alicuius termini definitionem attulissent. At uel si admittamus illam differentiam, quam nonnulli tradunt inter pactum, & pactionem, ut cum aliqui paciscuntur, actus ille pactio sit, pactum uerò dicatur quod ex illo actu paciscendi conflatur, atque perficitur, non tamen hoc obiectum quicquàm obstabit. Nam (utcunque res sese habeat) negari hoc certè non potest, ubi pacti, ibi etiam pactionis nomen conuenire, cum hęc duo semper sese mutuo consequantur. Quo fit, ut sicut pactionis, ita etiam pacti appellatione contractus contineantur. Videmus societatē sæpe appellari pactū, vt in.l. Duo societatem. ff. pro socio & in alijs similibus legibus, inquibus de pacto conuento societatis mentio habetur. Stipulationi quoque qui inest consensus pactum rectè dicitur arg.l. an inutulis .ff. de accept. De emptione & venditione idem ostendit Vlp. in.l. vnus.§. pactus ne peteret ff.de pact. vbi si post factum pactum de non petendo ex causa emptionis rursus conueniatur, vt peti possit, prodesse ait secundum pactum ad nouam emptionem, verèque emptionem esse, vnde ostendit pacti nomen emptioni conuenire cum illud, idem quod appellat pactum emptionem esse dicat. Ac ne forte secus hęc accipiantur atq; à nobis tradita sunt, aduertēdum est nos id quidem contendere, posse pactum in genere accipi illasq; omnes conuentiones complecti, quę verbis seu consensu perficiuntur, sed tamen
20 non negare quin speciatim accipi possit, vt illis tantum pactis conueniat, quæ non transeunt in proprium nomen cōtractus, vulgòq; à nostris pacta nuda appellantur; maximè enim consentaneum est, vt ijs quæ peculiare nomen non habent generis nomen frequentius accommodetur. Itaq; fatemur ita accipi pactum in edicto prætoris vt in tit. illo de pactis iurisconsulti passim interpretantur. Ac maxima certè cum ratione factum est, vt cum Prætor seorsum edicta proposuisset de varijs conuentionibus, quæ transeunt in proprium nomen contractus, in hoc edicto de pactis generatim ediceret de illis conuentionibus, quæ proprium nomen non habent; Idq, ibi prætorem fecisse, ex eo primū
21 demonstratur, quia ex pactis non promittit se actionem daturum, vt cum de contractibus edicta proponit, sed tantū pollicetur se pacta seruaturum, quod iurisconsulti interpretantur non iure actionis, sed ope exceptionis, vt in.l.rescriptum §. si pacto, & §. vlti. in. l. si cum emptore. in princ. & in fin. in.l.fi.tibi § siquis paciscatur.l.acquirent.l. hęredi §. 1. 2. 3. & vlt. cum tribus legibus. seq. l. si vnus. §. si cum reo, &. §. sed si stipulatio vsq; ad finem legis l.quod dictum. Et deniq; toto fermè illo tit. de pact. ita illud edictum interpretantur iurisconf. vt in eo Prætor non iure act. sed ope excep. tantum se

pacta seruaturum polliceatur. Quod cũ ita sit, necesse est eum cum de pactis loquutus est,de ijs tantum conuentionibus intellexisse,quæ proprium nomen non habent, nam quæ transeunt in proprium nomen contractus,eas non tantum exceptionẽ, sed etiam actionem producere perspicuum est. Possunt præterea pro hac opinione perpendi verba Vlpiani in d. l. iurisgentium. multis in locis. Initio illius legis tradit ipse generalem distinctionem conuentionum,vt ostendat ex quibus oriantur actiones, & ex quibus contra non oriantur,ac generali nomine conuentiones appellat, cum verò ad eas venit, quæ non pariunt actionem, tunc demum incipit pacti vocabulum vsurpare,aitque ex pacto actionem non oriri,vt in §. vt puta,& in §. quinimò; sicque cum ex conuentione actionem oriri non inficietur, sed tantum ex pacto,in hoc apertè demonstrat se pactum non generatim accipere, sed spetiatim pro ea conuentione, quæ actionem non parit,ac propriũ contractus nomen non habet. Quod & tertiò ex eo maximè confirmatur, quia inferius in §. pactorum.diuisionem pactorum tradit eiusmodi, quę non 22
contractus complectitur,vt diuisio conuentionum, sed tantum ea pacta, quę actionem non producunt, ac præcipuum nomen non habent. Nec multò post in §. quod ferè eodem modo accipit pactionem quo pactum acceperat, pactionemque ipsam à stipulatione seiungit;Ait enim illa verba, rogauit Tytius, spopondit Mæuius non tantum pactionis loco accipi, sed etiam stipulationis; sicque accipit pactionem in spetie,licet eodem etiam contextu pactiones generatim accipiat. Nos itaque fatebimur & pactum,& pactionem spetiatim accipi, dummodo id nobis concedatur, posse ipsum pactum pactionemque generaliter sumi,quicquid contra Duarenus,& Cuiatius comminiscantur. At hìc non immeritò quis dubitabit, cur si concedimus pactum in genere summi, non etiam concedamus posse pactum ad eas quoque conuentiones referri, quæ re perficiuntur, sed ijs solis hoc nomen tribuamus, quæ verbis fiunt, nudumque consensum continent. Quamuis ad hoc responsio illa satis esse posset, vt diceremus apud iurisconsultos hunc loquendi vsum inualuisse,vt conuentiones quæ re perficiuntur,pacta nunquàm appellarent, quæ verò verbis, & consensu fiunt,quam sæpissimè,tamen huiusce rei ratio etiam aliqua ex ipsa voce desumi potest; Videtur enim hæc vox pactum 23
(quantum ex latinis,probatisque authoribus conijcio) eam habere vim,vt referatur ad ea quæ nostra egent expressione, siue voce,siue scriptura exprimantur, non ad ea quæ re ipsa contrahuntur.Etenim pactum deriuatur à pango,vt frequentius grammatici cõcludunt(licet Quintilianus dicat à pago uerbo antiquo) Pangere autem (ut ait Festus) est quasi fingendo aliquid exprimere,unde dicit fluxisse modum illum loquendi,ut uersus pangi,seu figi cera dicatur.Sic enim Cicero scribens ad Tironem,An pangis(inquit) aliquid sophodeum fac opus appareat. Et Probus Valerius Aut uersum(inquit) pangis aut orationẽ solutam struis;sicque etiam Horatius.

" Nec cũ uenari uolet ille poemata pãgas. Itaque quoties partes ita cõueniunt,ut oratione aliquid pãgant,tunc rectius pacti nomẽ conuenire uidetur, quàm cũ cõuentio re ipsa perficitur,nihil enim tunc pangi oratione necesse est, ex quo cõuentio pendeat,sed sola ipsa rei traditio sine ulla alia pactione apertissimã pręse fert æquitatis spetiem. Vlpianus in l.1.ff.de pact. dicit pacem à pactione appellatam, id ego propter hanc ipsam, 24
quam proxime adduximus, rationem ab eo fuisse dictum interpretor, quia pangere unde pactum,& pactio deducitur, est uerbis, & oratione aliquid exprimere,iuxta illud quod lege xij. tab. scriptum erat, rem vbi pangunt oratione pangunt, &c. antiqui verò

verò pacem verbis pangebant, vt testis est Liui. lib. 4. bel. pun. & alibi persæpe. Quod si hac voce pactum seu pactio significaretur conuentio quæ rei traditione perficitur, certè inde pacis vocabulum nō rectè eo inspecto deduceretur. Non longe ab hac sententia videtur Hostiensis abesse insumma tit. de pact. in princ. dum in pacti definitione illud omnino exigit, vt consensus sit verbis expressus. Decius quoq; in rub. C. de pact. nescio quid simile sensisse videtur, nam ibi ex hoc ipso tradit differentiam inter pactum, & pollicitationem, vt dicat posse quidē vtrobique acceptantis consensum adesse, sed hunc cōsensum in pacto verbis expressum esse debere. Qua in re licet non rectè à pollicitatione pactum distinxerit, vt demonstrabimus postea cum de pollicitatione agemus, in eo tamen non prorsus male sentit, quod in pacto uerborum expressionem requirit. Etenim pactum verbis fit (ut diximus) siue uoce, siue scriptura prolatis, vnde etiam Cicero in Partit. rectè scripti exemplum ponit in tabulis, pactis conuentis, & stipulationibus. At erunt, sat scio, qui huic nostræ sententiæ tacita pacta illicò obijciant; Illa enim neque uerba vlla, neque scripturam desiderant, sed tacito consensu in-
25 ducuntur; Veluti cum debitori meo restituo cautionem, tunc enim uideor tacitè pacisci, id me non petiturū, quod mihi ab eo debebatur l. labeo. ff. de pactis. Item si in futurum petam usuras, videor tacitè pacisci ne sortem intra illud tēpus petere possim l. qui in futurum eod. illo tit. de pact. Ac deniq; si post uenditam à te hęreditatem, ego eius emptorem conueniam, eo ipso uideor quasi fidem præstare, ne te ipsum conueniam qui uendidisti l. 2. C. de pact. Qua de causa uidemus etiā mutum sine ulla scriptura pacisci posse l. item quia. illo ipso tit. de pact. Animaduertendum in primis est hoc obiectū non tam contra nos, quā contra Vlpianū ipsum afferri; Is enim in l. 1. §. conuentionis. ff. de pact. dum dicit conuentiones omnes aut re fieri, aut verbis, hæc tacita pacta, quæ re non perfici clarum est, verbis fieri statuit. Vt ergo nostram, & Vlpiani simul
26 sententiam defendamus, sciendum est nos cum dicimus conuentionem aliquam contrahi vel re, vel verbis, illud tantūmodo spectare, quonā potissimum quasi fundamēto conuentio innitatur, & quid nā ipsius conuentionis substantiā maximè perficiat, nam neq; semper re perficitur conuentio, vbi res interuenit, neq; semper verbis, vbi verba adhibentur. Etenim si loquamur de illa conuentione, quæ re fit, possunt & in ipsa adhiberi verba, quę consensus modum exprimant; At ille consensus non est qui obligationem inducat; Siquidem is potius inseruit, quam dominatur, ac tradendæ rei factum illud cōsequitur, quod (vt diximus) totius æquitatis obligationisq; fundamentum est. Quocunque enim modo constet me rē aliquā apud te deposuisse, ex hoc solo obligaris mihi ad restituendum, neq; inspicitur verba nè interuenerint, & an restitutioni cōsenseris, nam restitutioni eum semper consentire necesse est, qui rem depositam, vel commodatam receperit. Iam verò sicut in conuentionibus, quæ re fiunt, adhibentur sæpe verba quę tamen ad perficiendam conuentionem principaliter non attenduntur, sic contra conuentiones, quæ verbis fiunt, possunt & facta & rerum aliquarum traditiones continere
27 Verum hæc facta, atque harum rerum traditiones non per se considerantur, nec per se conuentiones istas perficiunt, sed quatenus verborum vice funguntur, quod diligenter animaduertendum est. Exemplis autem clarior tota hęc res fiet. Satis constat his verbis, promitto nō petere, fieri pactum de non petendo. At Paulus in. l. labeo. ff. de pact. dicit pactum de non petendo tunc quoque induci, cum cautio redditur. Ego cur ex cautionis restitutione inducatur pactum non illā censeo causam esse, quia factū hoc re-

stituendæ

ſtituendę cautionis ad conuentionẽ perficiendam per ſe ſatis ſit,ſed quia lex interpreta-tur, vt qui cautionem reſtituit, velit promittere ſi non petiturum. Quod ſe non hoc facto eiuſmodi verba quaſi includerentur, neminem puto ſolidum hominem, atque intelligentem fore, qui non apertè perſpiceret reſtitutionem cautionis per ſe ad perficiendam cautionem non modo momenti non ſatis habere,ſed ne quidem vlla ex parte pertinere. Idem & in alijs ſpetiebus obſeruabimus, videbimusque ſemper facta illa quę tacitam inducunt conuentionem verborum vice fungi,ac quaſi notas conceptuum interpretationem ſemper in ſe aliquam includere. At hoc minimè affirmari poteſt, quoties re conuentio perficitur; Nam ſi gratia exempli, rem aliquam tibi commodauero, vel apud te illam depoſuero,hoc ipſum factũ ęquitatis tantũ habet, vt per ſe,ac ſine vlla prorſus interpretatione,vllauè inde ſumpta animi coniectura,ad reſtituendum valeat te obligare. Itaq; concludamus taltẽ quoad interpretationem etiam in tacitis pactis verba quodammodo interuenire. Eſt etiam interdum cum legis miniſterio verba ſuppleã- 28
tur,velut cum mutus paciſcitur,& ſic interpretatur Paulus in l. vbi non voce .ff. de reg. iur. « Vbi non voce (inquit) ſed præſentia opus eſt, mutus ſi intellectum habet, poteſt « videri reſpondiſſe, Idem in ſurdo, hic quidem & reſpondere poteſt. Sic duo habemus conuentionum genera, quorum vni contractus alteri verò pacti nomen maximè propriè tribuimus.

ARGVM.

VErènè, ac propriè illi contractus dicendi ſint, qui re quidem perficiuntur, ſed ab vna tantum parte obligationem pariunt, vt depoſitum,mutuum,& alij ſimiles. Tum quomodo contractus nomen rectè ijs conuentionibus tribui poſſit,quibus cõtrectatio,ſiue,vt Gręci dicunt, συνάλλαγμα nõ ineſt,quãuis vltro citroq; obligationem contineãt. Hæc vero ab illius definitionis explicatione pendere,quam ex Labeonis ſententia tradit Vlp. in l. labeo .§. contractum .ff. de verb. ſignific.

1 Ex cõuentionibus quæ re non fiunt, non niſi iure præcipuo oritur ciui. obligatio.
2 Duplicem difficultatem continet definitio contractus a Labeone tradita.
3 Tria tempora in reciprocis conuentionibus conſideranda.
4 Variæ expoſitiones ad l. Labeo .§. contractus .ff. de verb. ſignif.
5 Frequentius receptum, non eſſe proprie contractus,qui ab vna tantum parte inducant obligationem.
6 Tutela an comprehendatur in definitione contractus.
7 Poteſt ſumi obligatio pro actu obligandi.
8 Hyer. Tornielli opinio.
9 Quomodo Labeo in definitione contractus obligationem accipiat.
10 Vna determinatio reſpiciens plura determinabilia debet ea æqualiter determinare.
11 Verba illa vltro citroque vtrum ad prædicatum an ad ſubiectum ſint referenda.
12 Franc. Conn. in hac difficultate perplexus multa dicit veritati parum conſentanea.
13 Satisne ſit conuentionem ſpectare futurã traditionem, vt dicatur συνάλλαγμα cõtinere.
14 In contractibus qui ſolo cõſenſu fiunt ſitnè aliquid etiam ante traditionẽ quod traditionis vice fungatur.
15 Noua explicatio l. Labeo .§. contractum .ff. de verb. ſignif.
16 Aequiuocatio Doctorum.
17 Quæ media ſunt ex ſuis extremis declarantur.
18 Obligatio non geſta, neque acta, ſed verè dicitur contracta.
19 Verbum contrahere, quàm variè accipiatur.
20 Verbum contractus latius productum.
21 Sola permutatio antiquitus cognita.

22 Alia

22 Alia etiam de cauſa in propoſita difficultate à Doctoribus diſſentiendum.
23 Emptio, & venditio nō vnus, ſed duo contractus ſunt.
24 Sunt relatiua inter ſe diſtincta, licet vnum ſine altero non conſiſtat.
25 Iuriſconſulti interdum vocabula cauſis, & effectibus cōuenientia promiſcue vſurpant.
26 Non æque latam ſignificationem habent contractus, & contrahere.
27 Aliæ ſignificationes huius dictionis contractus.
28 Depoſitum, commodatum, & mutuum maximè proprie contractus.
29 Cur non diſtinctè exprimi ſoleant factum ſtipulandi & factum ſpondendi, quemadmodum, emendi; & vendendi.
30 Paradoxicæ concluſiones quæ ex prędictis colliguntur.
31 Inter proprium, & improprium datur medium quod eſt minus proprium.
32 Dos dicitur à dando, licet etiam ante dationem dos appelletur.
33 Permutatio interdum dicitur etiam ante rei interuentum.
34 Stipulatio an ſit propriè contractus.

CAP. VI.

At hìc dubitari poteſt, nunquid conuentiones illæ quæ verbis fiunt, & continēt nudum conſenſum, quas diximus verè pacta appellari, contractus rectè dici poſſint. Videtur certè hoc valde dubium, poſſuntq; ab vtraq; parte ſatis colorataæ rationes afferri. Pro parte negatiua faciunt quæ ſupra diximus dum latinę, græcæq; vocis nim ac deriuationem perpendimus cum enim dicatur συνάλλαγμα ἀπὸ τοῦ συναλλάττειν quod eſt permutare, contractus verò à contrectatione, atq; in permutatione, contrectationeq; rem & factum interuenire neceſſe ſit, vt aperte indicat Vlp. in l. iuriſgentium. §. ſed etſi. ff. de pact. nimis durum videtur conuentiones quoq; illas, quę nullum factum continent nullam rei traditionem, nullamuè permutationem ſeu contrectationem, rectè contractus appellari. Facit præterea pro hac parte, quia vbi contractus adeſt, ibi non præcipuo, ſed communi iure oritur obligatio d. §.
1 ſed etſi. At de emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, alijſq; conuentionibus, quę conſenſu perficiuntur hoc affirmari non poteſt; Imo enim pręcipuo iure in illis receptum eſt, ex nudo conſenſu obligationem oriri, vt diſerte tradit Paul. in l. 1. §. permutatio. ff. de rerum permutat. Qua ex re probari poſſe videtur eiuſmodi conuentiones licet ad agendum efficaces ſint, tamen verè contractus dici non poſſe. At pro contraria ſententia illud ſanè maximè vrget, quod has ipſas quoq; conuentiones, quæ conſenſu fiunt iuriſconſulti paſſim contractus appellant, & pręſertim Vlp. in l. iuriſgentium in princ. ff. de pact. ibiq; ait illas tranſire in proprium nomen contractus, atq; eodē contextu, quo commodatum, ac depoſitum, emptionem quoque, venditionem, locationem, conductionem, ac ſocietatem inter contractus recenſet. Quin verò (quod cuippiam non immerito mirum videatur) idem Vlp. ex ſententia labeonis in l. labeo. §. contractum. ff. de verb. ſignif. eam tradit contractus definitionem, quæ non modo has conuentiones non excludit, quæ ſolo conſenſu fiunt, ſed ſolis ipſis neque vllis pręterea alijs accommodari poſſe videtur, potiuſq; depoſitum, & commodatum excludit, atq; alias id genus conuentiones, quæ re perficiuntur, & quas propriè contractus debere dici ſupra concluſimus. Nam poſteaquam declarauit quomodo Labeo actum acciperet, ita ſubijcit; Contractum autem vltrò citroque obligationē, « quod græci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem, vēditionem, locationē, conductionē «
ſocietatem

ſocietatem, mandatum. Atqui certè hæc verba Vlp. non eam tantum habent diffieultatem, quam & cæteri interpretes animaduertunt, qua ratione ſcilicet ibi à contra 2
ctus definitione excludantur depoſitũ, commodatum, aliæq; eiuſmodi conuentiones re celebratæ, quę ab vna tantũ parte continent obligationem, ſed præter hanc difficultatem videtur mihi hoc reſponſum aliam habere, longèq; maiorem. Eſt enim operę pretium animaduertere, quomodo Labeo & Vlpianus conuentiones ibi connumeratas accipiant, cum ad contractus definitionem explicandam ex ijs exempla deſumunt. Poſſunt illæ tribus tantum modis ſumi, ſeu tribus temporibus conſiderari. Primò anteaquam ab alterutra parte implementum interuenerit; ſecundò quando alter 3
tantum impleuit, ſed non vterque; Tertiò quando ab vtraq; parte conuentio adimpleta fuit. Si primum tempus ſpectemus, quando ſcilicet neuter adhuc quod promiſerat impleuit, quominus tunc verè contractus dici poſſint, obſtat quod modò diximus quia non adeſt. συνάλλαγμα cũ nulla cõmutatio, nullaq; traditio, ſeu cõtrectatio interuenerit. Nec dicas loquendi vſum apud ipſos etiam iuriſconſultos obtinuiſſe, vt quæcunq; conuentio ex qua contrahitur obligatio contractus dicatur, licet συνάλλαγμα non contineat. §. vlt. inſtit. de oblig. Nam fateor quidem hoc verum eſſe, cum verè hęc vox cõtractus à ſtrictiori ad latiorẽ ſignificationẽ producta ſit, ſed tamen videtur Vlp. cum hanc tradidit definitionem, non latam illam, ſed ſtrictam contractus ſignificationem ſpectaſſe. Siquidem ab ea definitione depoſitum, mutuum, commodatum excludere videtur, tametſi illis contrahi obligationem perſpicuum eſt. Quod ſi tempus illud conſideremus, quando vterq; iam id quod promiſerat impleuit; Veluti ſi in emptione emptor pretiũ, ac venditor pariter rẽ venditã perſoluerit, tũ diſtractus ille potius quã cõtractus dicendus erit, perẽptaq; erit hinc inde obligatio, quã tamẽ hinc inde extare Vlp. requirit. Si denique ponamus non vtrunq;, ſed vnũ tantũ impleuiſſe, tunc clarũ eſt vnum tantũ obligatũ eſſe, quia ſi pretiũ ego ſolui, tu tantũ mihi teneris, nõ ego tibi, quare cũ vltrò, citròque obligatio non adſit, neque etiam hoc caſu verba definitionis conuenirent. Ita q; mirum eſt, quomodo ibi definitio contractus ad conuentiones reciprocas accommodetur, imò verò non tantùm accõmodetur, ſed planè reſtringatur; cum imò illis ipſis verba definitionis nullo modo aptari poſſe videantur. Cum à vera expoſitione huius. §. tota huiuſce nodi pẽdeat explicatio, videamus primũ quo pacto ab alijs exponatur, deinde quam nos veram ipſius intelligentiam eſſe exiſtimemus. Frequentius noſtri interpretes ita hæc verba interpretantur, vt ideò dicat Vlp. contractum eſſe vltrò 4
citroque obligationem, quia vt contractus ſit, debet hinc inde obligationem parere; ita exponunt Accurſius, Bartolus & vterque Imolenſis in l. 5. in princ. infra eo. quos ſequitur Alciatus in illa ipſa l. labeo. §. contractum, necnon & Franc. Conan. lib. 5. cap. 1. num. 4. Verumtamen qui probant hanc expoſitionem non prorſus ſimul quo ad omnia conueniunt. Nam plerique ex hac definitione inferunt conuentiones, quæ ab vna tantùm parte obligationem pariunt, impropriè contractus eſſe, vt Accurſius, & poſt eũ Alciatus in d. §. contractum Bart. in l. ſi donationis C. quod me. cau. Corraſius hìc & in l. frater à fratre. ff. de condict. indeb. Io. Imol. in d. l. 5. i. eo. Et hæc eſt magis communis opinio, vt & Mar. ſoci. iunior hìc animaduertit, ſequutique etiam ſunt eã 5
recentiores aliquot, vt Iacobus Cuiatius in l. iuriſgentium. in princ. ff. de pact. & Io. Brachæus in d. §. contractum. Alij verò fatentur quidem voluiſſe Labeonem illum tantùm contractum definire, qui contineat vltrò citròque obligationem, ſed dicunt eum ſpe-

ctaſſe

ctasse strictissimam quandam significationem, quod certè non sine maxima ratione dicunt, cum videant ibidem etiam strictam quandam ac subtilem statui differentiam inter actum, gestum, & contractum; quæ tamē differentia alibi persępe confunditur. Iccircò negant posse inde inferri, contractum impropriè esse, qui ab vna tantùm parte obligationem inducat. Ita concludunt hìc Baldus nouellus, Galiaula, Socin. Iun. Iacob. Mand. ac plerique alij, dum eam disputant quæstionem, Vtrum stipulatio sit propriè contractus. Sed quantum ad illorum verborum intelligentiam conueniunt hi prosus cum illis primis quorum opinionem diximus frequentius probari; Labeonis enim verba circa contractus definitionem eodem planè modo interpretantur, nempè vt iccircò dicat Lab. contractum esse vltrò citròque obligationem, quod sentiat non posse dici contractum, nisi oriatur ab vtraque parte obligatio, quemadmodum oritur in conuentionibus correspectiuis, quarum ibi Vlpianus exempla tradit. Quare vna eademque illorum omnium expositio est. Nos hanc primam expositionem planè reijciendam putamus. Primò propter argumentum, quod paulò ante adduximus, ac iudicio meo fortissimum est; Nam cum tria tempora in reciprocis, seu correspectiuis conuentionibus considerari possint, ex ijs nullum planè est, quo possit contractus diffinitio illis accommodari, vt antea demonstrauimus. Præterea si intelligeret Lab. eum verè, & propriè contractum esse, qui pareret vltrò citròque obligationem, sequeretur tutelam esse proprium contractum, item & negotiorum gestio-
6 nem; cu m ex his causis oriatur ab vtraque parte obligatio. Hoc tamen falsum esse compertissimum est, cum & in tutela, & in negotiorum gestione nemo ignoret obligationem oriri non ex contractu, sed ex quasi contractu Inst. de oblig. quæ ex. q. contra in princ. &. §. Tutores. Postremò huic expositioni aduersatur & illud, quod cum ibi dicatur contractum esse vltrò, citròque obligationem, nimis certè durum esset exponere illa verba, esse obligationē, hoc est parere obligationem. Quod ipsum licet ipsi quoque interpretes nimis alienum, atque extortum esse non negarent, tamen necessariò id recipiendū duxerunt, nè alioquin cogerentur fateri contractum ibi ab effectu definiri, quod multo magis absurdum iudicarunt. Aliam expositionem tradit Eguinarius Baro inst. de oblig. in princ. Existimat enim ipse in hoc §. contractum. uerbum obligationem, non iuris uinculum significare, sed illud factum obligandi, quod est cau-
7 sa obligationis. Itaque sensum illorum uerborum hunc esse putat, tunc scilicet posse dici contractum, cum iuris uinculum ex reciproco oritur facto, ita vt obligatio, hoc est (vt ipse interpretatur) actus obligandi ab vtraq; parte interueniat. Probabilis primo aspectu videtur hęc expositio; quandoquidem ipsi non obstant illa tria obiecta, quæ contra communem expositionem afferebantur. Nam quod primò dubitabatur quonam tempore emptioni, alijsq; conuentionibus ibi connumeratis possit hæc definitio conuenire, nullam hìc dubitationem afferre potest; planissimū enim est emptioni, alijsq; similibus contractibus uerba huius definitionis tunc conuenire, cum ab una tantùm parte interuenit implementum. Neque enim dubitandum est, quin tunc quoq, ab vtraque parte obligandi actus interueniat; Nam si pretium persolui ego, tu illud recepisti, iam videmus factū illud cōtrahendę obligationis, quod Lab. obligationē vocat, vtrinq; intercedere, quāuis nō rectè possis dicere, vtrinq; adesse obligationē, si pro iuris uinculo eam accipias. Hoc modo depositū, & cōmodatum in hac contractus definitione continebuntur, alijq; similes contractus, qui quāuis ab vna tm̄ parte iuris uinculū pariāt, ta-

men obligandi actum utrinque continent cum semper quod ab uno traditur ab aliò recipiatur. Hinc etiam cessabit secundum obiectum, nam si eo quo diximus modo sumatur hæc diffinitio, non rectè ex ea poterit inferi tutelam, & negotiorum gestionem propriè contractus esse, neque enim in ijs vltrò citroq; adest obligandi actus, quāuis ab vtraque parte iuris vinculum oriatur. Postremò non erit necesse, vt vllius absurdi euitandi gratia ad illam tàm extortam expositionem confugiamus vt exponamus esse obligationem hoc est parere obligationem, sed uerba definitionis, in sua vera propria significatione sumi poterunt. Hanc expositionem alij nonnulli recentiores quamuis diuersis verbis sequuti sunt Loduic.charondas lib.2.uerisimilium cap.7.Franc.Hotoma. de uerbis iuris in ver. contractus. Atq; idem propè videtur hic sentire Hierony.Torn. 8
dum ait Lab.in hac definitione terminum illum obligationem accipisse non pro ea tātum parte contractus, quæ iuris est hoc est pro ipsa obligatione, quę est iuris uinculum & ex contractu proficiscitur, sed etiam pro ea parte contractus, quæ est facti iuxta §.itē uerborum inst. de inutil.stipulat.& l.4.C.de inutil. stipulat.sicque obligationem appellasse actum obligandi, qui est causa obligationis, & in quo utriusque factum interuenit. Plures sunt causę cur nos minimè hanc expositionem probandam existimemus. Primò enim nobis ad hoc quærimus responderi an nè obligationem istam hoc est, 9
actum istum obligandi tunc quoque interuenisse concedant cum simplicibus uerbis aliquid promissum est, quod si affirmabunt, sequetur nudum etiam pactum in hac contractus definitione contineri præsertim quando efficacem obligationem parit vt in.l. legitima .ff. de pactis, quod ipsum tamen uerè à sententia lab. alienissimum est, idque ex eo facilè licet intelligere, quod stipulationem quia non re sed uerbis fit non ad contractum refert sed ad actum quamuis in stipulatione obligandi actus utrinque hoc est stipulatio, ac respōsio interueniant. Si uerò negabunt posse simplicibus uerbis absq; traditione contractum induci sequetur emptionem uenditionem, aliosque contractus ibi connumeratos non posse dici contractus anteaq̄ ab una saltem parte impleantur, quod tamen ne ipsi quidem concedunt. Prętereca cum nunquàm (quod ipse viderim) aut certè perrarò in tali significatione obligatio accipiatur, non est quod in dubiis à vera, & propria huius vocis significatione recedamus ar.l. Non aliter.ff. de leg.3.Huc 10
accedat, quod cum hæc verba vltrò citroque æquę ac pariter ad obligationem referantur, perspicuè ex hoc demonstratur eodem modo, & vltrò, & citrò obligationem interuenire. ar. l.Iam hoc iure.ff.de vulg. & pupil.l.quamuis.C.de impub.& alijs substit. At in deposito, & similibus non eodem modo ab vtraque parte obligandi actus interuenit, sed actiue ab vna parte, ab altera passiuè cum ex contrahentibus obliget vnus, alter verò obligetur, verisimilius ergo est intellexisse Labo. vltrò citròq; talem obligationē adesse, quæ vtrunque arctet, & adstringat, ac rectè ostendūt exmpla ibi allata. Neque enim temere factum fuisse existimandum est, vt ibi Vlp. earum tantum conuentionum attulerit exempla, quæ reciprocæ sunt, siue (vt nostri dicunt) correspectiuæ, & ab vtraque parte obligationem pariunt. Alia nonnulla, hac in re tradit. Torniellus, quæ an vera sint ex jis apparebit, quæ infra dicturi sumus. Ab hac secunda intelligentia, non multum disimilis est nonnullorum expositio, qui verba Labeonis in hac definitione ita accipiunt, vt ipse non senserit contractum esse ultrò citròq; obligationem, ita ut in cōtractu adsit ultrò citroq; obligatio. Sed contractum qui fit ultrò 11
citròq; obligationem esse uoluerit, obligationem porrò ipsi sumant pro actu oblegādi.

Nec

Nec quicquàm referre dicunt, iste nè obligandi actus contineat rei traditionem, an verò in sola verborum expressione consistat, vt videmus in stipulatione, quæ reciprocum quidem, sed verbalem tantùm (vt ita dicam) obligandi actum continet; actum scilicet interrogationis & responsionis. At si hoc verũ esset cũ actu contractũ ibi planè cõfunderetur; Nã quorsum cum de actu loquitur afferret Vlp. exẽpla stipulationis, ac numerationis, cũ verò de contractu loquitur emptionis, cõductionis, societatis exempla seorsum proponeret, si hæc eadẽ exempla promiscuè & actui, & contractui conuenirent? Huc accedat quod cũ actũ definiunt labeo & vlp. atq; item gestum, hos terminos simpliciter ac sine ulla adiectione assumunt, quare cur nõ & contractum simpliciter definirent, sed tm̃ contractum qui vltro citroq; fit. Puto igitur hæc verba vltrò citroq; non ad subiectũ sed ad prędicatũ hoc est nõ ad definitũ sed ad definitionẽ ipsam esse referrendum tanto magis quia parũ certè acuratè hęc definitio tradita esset, si pręter verbũ illud obligation.
12 nihil planè aliud contineret. Franc. Conan. vir sanè præstanti alioquin ingenio præditus ualde hac in re titubauit. Sentit ipse lib. v. commen. iur. ciu. cap. 1. nu 4. contractum esse mutuum commercium ita ut mutuum ab utraque parte factum desideret nec sine aliqua rerum cõtrectatione perfici possit; verum quoniam uidet Labeonem in hac quam affert contractus definitione emptionem quoque & uenditionem complecti itemque alias similes conuentiones, quæ ante ullius rei traditionem, ullum ue commercium perfectę sunt (quod primæ illi positioni maximè aduersatur (. Ideo ipse eodem lib. v. cap. 2. varijs modis hunc modum explicare conatur; & primò dicit etiam in eiusmodi conuentionibus quodammodo commercium inesse, cum ipsæ non aliò spectent quam
13 vt pręstatione eius quod promissum est impleatur contractus. At hoc planè recipenidum est, quia hoc modo conuentio quoque de permutando contractus esset & συνάλλαγμα contineret etiam ante implementum, contra q̃ sentiat Vlp. in. l. iurisgentium in princ. in vers. sed & si. ff. de pact. Præterea alio modo conatur ipse tollere hanc difficultatem ibidem num. 3. & 9. aitque in omnibus conuentionibus quas ibi Vlp. connumerat subesse semper aliquid quod fungatur vice illius contrectationis
14 quæ ad contractum perficiendum ex necessaria, in emptione enim & locatione æstimationem pro tractatione, ac mutua rei traditione esse quam συνάλλαγμα vocamus, in societate itidem, mandato, alijsque similibus contractibus dicit adesse semper aliquod saltem traditionis simulachrum, vt plenius explicat ipse d. cap. 2. num. 3. cum sequentibus. Sed quamuis plurimum laboret Connan. nihil tamen affert in quo animus acquiescere possit, Verè enim iurisconsulti in emptione, alijsque contractibus qui consensu fiunt, nullum traditionis simulachrum considerant, nihilque prorsus quod traditionis vice fungatur, imò enim præter nudum consensum nihil aliud in ijs agnoscunt, cum dicant in ijs receptum esse, vt ex nudo consensu oriatur obligatio vt Paulus in l. 1. §. permutatio. ff. de rerum permutat. Permutatio (inqnit) ex « re tradita initium obligationi prębet, alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu « constitui obligationem dicemus. Quod in ijs duntaxat receptum est, quæ nomen « suum habent vt in emptione venditione conductione mandato. Cum dicat so- « lo consensu in eiusmodi conuentionibus constitui obligationem, fatetur soli consensui tribuendam esse causam obligationis, propterea quod ipsum per se satis ad obligandum efficacem esse receptum est. At hoc verè dici non posset, si in eiusmodi conuentionibus traditionis simulachrum aliquod extaret, seu quippiam aliud quod

traditionis vice fungeretur, cuique aliq ua saltem ex parte obligationis ortus tribui pos
set. Prętereà fuisse Connanum hac in re Labeonis sentẽtiam parum assequutum hac ra-
tione optimè demonstratur. Fatetur ipse cap. 2. num. 2. (& hoc verissimum est) contra
ctum perfici rei traditione, nec verè contractum antea dici posse, quam re compleatur
cum dicat in contractu quemadmodum ἐν τῷ συναλλάγματι contrectationem rei seu per
ceptionem requiri. Fatetur etiam in emptione, conductione, & similibus eo tempore
quo extat adhuc obligatio ab vtraque parte, hoc est anteaquam ab alterutra parte im-
plementum interuenerit, non verè & propriè συνάλλαγμα interuenire, sed tantùm iuris
authoritate. Quę cum ita se habeant, necesse est vt tales conuentiones in quibus vltrò
citroq; oritur obligatio non verè contractus esse concedat, sed iuris authoritate contra
ctus fieri; itaque debuisset rationem assignare cur Labeo ita contractum definiat, vt tra
dita ab eo definitio nõ possit ijs cõtractibus cõuenire qui verè sunt contractus, verèque
συνάλλαγμα continent, sed ijs tantùm in quibus traditio (vt ipse inquit) non interuenit,
sed tantùm iuris authoritate suppletur. Hoc ipse præterit quasi oculis conniuentibus,
quod certè in primis & aduerti & explicari debuerat. Posteaquam vidimus in huius
contextus explicatione nihil afferri quod firmum sit, certaque ratione defendi possit,
reliquum est vt nostram hac de re sententiam aperiamus, quod vt commodius fiat no- 15
stræ huius sententiæ duo quasi fundamenta constituemus. Ponimus ergo illud in pri
mis quod facilè vnumquemque admissurum arbitramur, Labeonem ibi non de con-
tractu loqui prout conuentio est, sed de ipso hoc verbo contrahere, eiusque vim & si- 16
gnificationem expendere, ac propterea cum definit contractum non conuentio-
nem, sed rem contractam sibi definiendam proponere. Hoc verò ita esse probè in-
telligemus, si illius totius legis contextum accuratè considerabimus. Primò dicit ibi
Vlp. id sibi Labeonem proposuisse vt ostenderet quid differrent ea quæ contrahuntur
" ab ijs quę aguntur & geruntur inquit enim. Labeo libro primo prætoris Vrbani de-
" finit quod quędam agantur, quędam gerantur quædam contrahantur. Postea vt
horum verborum differentiam ostendat, ea singula sigillatim persequitur; Et quantum
ad verbum agere dicit actum quod inde deducitur, esse verbum generale siue re, si-
ue verbis quid agatur, vt in stipulatione, vel numeratione. Rursus & verbi huius cõtrahe
re significationem ita exprimit vt dicat contractum esse vltrò citroq; obligationem;
Ac deniq; gestum ait rem significare sine verbis factam. Sicut ergo cum dicit actum
& gestum de eo intelligit quod actum, & gestum est, ita cum dicit contractum, credi-
bile est intellexisse illum de eo quod contractum est, vt quę media sunt ex præcedenti- 17
bus, ac sequentibus declarentur, ar. l. Hæredes palam. §. 1. ff. de testam. Et l. si seruus
plurium. §. vlt. ff. de leg. 1. Quod ipsum ostendunt illa verba neutro genere prola-
ta. Quod græci συνάλλαγμα vocant. Quod si loqueretur Labeo de contractu quate-
nus conuentio est, nõ dixisset, quod, sed quem; ac prior tamen litera retinenda est vtpo-
te quę in pandectis Florentinis habetur. Et hoc fuit primum quod ad huius legis
intelligentiam diximus animaduerti oportere. Secũdo illud quoque constituendum est
alia duo verba pręter contractum, quorum meminit ibi Labeo obligationi minimè cõ
uenire, nunquam enim dicimus gestam, vel actam esse obligationem; at rectè dicimus
eam contractam. Itaq; solũ ex his tribus est verbum, contrahere, quod obligationis pro- 18
prium ac peculiare sit. Quare cum aliquid contrahitur id quod inde contractum est ve
rè & propriè dicitur obligatio. §. vlt. inst. de obligat. iuncto tit. proximè sequenti quib.
mod.

mod. re contra. oblig. Quanquàm & ad alia hęc vox produci ſolet, vt vbique fermè
fit,veluti cum Cicero rerum contractarum fidem appellat. Quare non mirum eſt ſi La-
beo dum vult declarare quid propriè illud ſit quod contractum dicimus, ait illud eſſe
obligationem, nam verè & propriè contrahitur obligatio, quod tamen intelligas qua
19 tenus uerbum hoc contrahere ad iuris terminos refertur,nam alias quoq; nonnullas ha
bemus huius uocabuli ſignificationes,ut cũ uel noctẽ contractã,vel contractum parali-
tici corpus eſſe dicimus; Dicit etiam Cicero contractum malum, culpam contractam,
item cõtractam offenſionem. Tertio & ult.cõſtituendum non tantùm contractam dici
obligationem cum cõtractu eſt inducta obligatio,hoc eſt traditio interuenit,ſed etiam
quoties quocunque modo obligatio inducitur.§.ult.inſt.de oblig.& §.1.inſt.de oblig.
20 quæ ex conſ. Qua de cauſa factum eſſe arbitror ut etiam uerbum contractus latius
produceretur ad omnes conuentiones, ex quibus contrahitur obligatio, quæ ſi-
gnificatio, quamuis non impropria ſit, tamen magis propriam eſſe puto ut con-
tractus dicatur in quo traditio, & contrectatio inſit. Siquidem apud antiquos illos
homines, qui primi in unum congregati ſimul commercia habere cæperunt, cum
21 pręter mutuam rerum permutationem in qua neceſſe eſt traditionem interuenire,nihil
aliud eſſet unde ex uoluntate partium oriretur obligatio,uerbum inuentum eſt quod
primæ obligationum origini conueniret, idq, quorũcunq; idiomate uſurpatum fuiſſe
credibile eſt. Poſteà uerò cum aliæ conuentiones ita receptæ ſint, ut non minus
ac permutatio efficaces fierent, quemadmodum uſus eamdem ijs præbuit efficaciã,ita
ipſis verbum hoc contractus communicatum eſt, cum pręſertim maximè conſenta-
neum eſſet,vt id contractus diceretur ex quo contrahi poſſet obligatio. Hoc ergò reti-
nendum in præſentia eſt,rectè proprièq; contractam obligationem quæ ex quocunque
contractu proficiſcatur. His ita conſtitutis minimè dubitamus quin noſtri interpretes
in huius contextus explicatione errore lapſi fuerint, eorumq; errorem ex duplici fonte
oriri animaduertimus; Primum ex eo quia putarunt hìc Labeonem locutum eſſe de cõ
tractu quatenus conuentio eſt, quocircà mirantur poſtmodum quomodo dicat con-
tractum eſſe obligationem,cum ex eo potius oriatur obligatio, & in hoc admodum ſe
inuoluunt, ſed verè Labeo non ſic contractum ibi accepit, ſed quemadmodum in illo
ipſo contextu loquitur de eo quod actũ eſt,ac de eo quod geſtum eſt,ita loquitur de eo
quod contractum eſt;& quoniam verè, proprièq; contracta dicitur obligatio, hac de
cauſa dixit Labeo contractum, hoc eſt id quod contractum eſt eſſe obligationem; Præ
tereà in eo videntur mihi noſtri interpretes erraſſe, quia exiſtimarunt vltrò citroq; obli-
gationem ad vnum tantùm contractum pertinere, nec contractum dici poſſe in quo
22 nõ ab vtraq; parte obligatio inſit cui interpretationi nõ modo aduerſantur innumera-
biles propemodum leges,quæ commodatum,depoſitum,aliaſq; ſimiles conuentiones
ab vna tantùm parte obligationem continentes contractus appellant, ſed aduerſantur
etiam hæc ipſa Labeonis verba,ſi accuratè conſiderentur, nam cum dixiſſet id quod
contractum eſt eſſe obligationem,& conſequenter obligationem verè dici contractam
ne quis forſan in reciprocis conuentionibus dubitaret,poſſetnè hoc affirmari de vtraq;
obligatione, hoc eſt de obligatione tàm emptoris, puta,quam venditoris, & tàm loca-
toris quàm conductoris,ſicq; ex parte vtriuſque contrahentis, propterea quod aliqui-
bus fortaſſe durius videri poſſet vni, eidemq; facto duplex contractum ineſſe,Labeo vt
hunc ſcrupulum adimeret, omnemq; prorſus tolleret dubitationem clarioris explica-
tionis

tionis gratia addidit illa verba vltrò, citròq; , & obligationem vltrò citròq; contractum esse dixit, quibus verbis voluit demonstrare hanc appellationem seorsum singulis obligationibus conuenire, At verò quoniam vbi contracta obligatio est ibi verè dici potest contractus adesse, possumus concludere ex sententia Labeonis emptionē per 20
se vnum contractum, venditionemq; pariter alterum perse contractum esse. Ita verò sentire ibi Labeonem, Vlpianumq; apparet ex eo quia cum exemplis demonstrāt id quod dixerunt non ijs vtuntur vocabulis, quę singula per se possint vtriusq; contrahentis vt emptoris & venditoris simul factum exprimere aut locatoris & conductoris, sed separatim de emptione, ac de venditione, de locatione ac de conductione loquuntur, nulla inter eas copula interiecta id quod & alibi sæpè iurisconsulti faciunt vt in l. iurisgentium in princ. & in l. 1. §. permutatio .ff. de rerum permutat. in l. si stipulet. §. vlt. infra eo. cum multis similibus; At non sic videmus sponsionem à stipulatione separari, quandoquidem ex vtraq; vna tantum obligatio oritur, Vnde ostenditur emptionem & conditionem duo cōtractus esse, sicut duę ibi promissiones adsunt, ex quibus duę pariter obligationes contrahuntur. Ac de alijs porrò reciprocis cōuentionibus idem dicimus, quia alioquin nulla ratio reddi posset cur sic diuersis nominibus vtriusq; cōtrahentis factū distingueretur. Nec nos quicquam illud moueat quod videamus nō posse emptionem sine venditione consistere, neque è conuerso venditionem sine emptione; Nam ex hoc non rectè infertur vnum hìc potius quam duos contractus adesse, siquidem nec pater 21
sine filio est, mortuoq; filio patris nomen protinus amittit, et tamen differant inter se pater & filius, non secus ac cętera omnia possunt inter se differre, quæ ad aliud referuntur. Dubitabit hìc forsan aliquis, quoniam, diximus ibi à Labeone & Vlpiano obligationem non accipi pro actu obligandi, sed prout iuris vinculum est, quomodò posteà Vlp. dum tradit exempla obligationis dicat velut emptionem, venditionem, locationē conductionem, cum clarum sit emptionem non esse iuris vinculum, sed potius conuentionem ex qua iuris vinculum oritur, quod & in locatione alijsq; à Vlp. ibi conumeratis perspicuū est. Dura videtur primo aspectu sed vera tñ est hæc expositio nā sępe videbim. iurisconsultos non modo in exemplis afferendis, sed etiam in tradendis definitionibus à causis ad effectus diuertere; satis enim habent rem aliquam ita demonstrasse (siue à causis siue ab effectibus siue ab alia re quacunq; sumaturdemonstratio) vt omnis ęquiuocatio tollatur, ac qui proponitur terminus ab alijs diuersis terminis seiungatur. Hinc videmus seruitutem ita definiri vt sit constitutio iurisgentium .l. libertas §. seruitus .ff. de statu homin. & instit. de ijs qui sunt sui vel alien. iuris in princ. cum tamen seruitus non tàm constitutio sit quam ab ipsa iurisgentium constitutione proficiscatur. Videmus etiam cōtractum depositi & commodati ita definiri ut eorum definitiones rei depositæ & commodatæ potius quam ijs ipsis contractibus conuenire videantur. l. 1. ff. de pos. l. 1. ff. commod. obseruatur hoc pariter apud Papinianum in .l. 1. ff. de legib. cum dicit legem esse delictorum coertionem, quam tamen, coertionem legis potius effectum esse non ignoramus. Dixit etiam Gratianus in c. ius naturale. 1. distinct. ius gentium esse ædificationem, munitionem, sed cum occupationem &c. non quia verè hæc ius sint, sed quia iurepermissa sunt. Ac ne frustra singula consectemur, poterimus hoc vbiq; ferè obseruare, solere nostros iuriscōsultos in ijs quæ simul connexitatis aliquid habent ab vno ad alterum facilè deflectere, quoties ea vident eiusmodi esse vt ab vno alterū cognosci ac demon. possit. Quod multò minus hìc mirū videri debet cū Labeoni sa

tis

tis fuerit id tantum demonstrare quo pacto hi tres termini actum scilicet, contractum, & gestum inter se different. Si receperimus hanc intelligentiam non erit quod dubitemus quomodo hæc definitio emptioni cõueniat, alijsq; cõuentionibus ibi cõnumeratis, Quodcunque .n. tempus spectemus, poterunt ijs definitionis verba accommodari dummodò ab vna saltem parte obligatio extet. Fac emptorem pretium soluisse verè hìc contractus erit, verèq; contracta dici poterit obligatio, qua venditor ad rem soluendã adstringetur, quod si rem iam persoluerit venditor contracta erit quantum ad emptorem obligatio qua ipse inuicem ad pretium tenebitur; Quid autẽ si de re & pretio tan-
26 tum conuentum sit, sed neuter quod promiserat impleuerit, si de contractus nomine loquamur iam diximus illud propriè quidẽ sed tamen minus propriè conuenire, quàm cùm traditio intercessit. At verbum contrahere non ausim negare quin tunc quoq; maximè propriè conueniat. Video enim huncesse vsum iurisconsultorum vt promiscuè referant hoc verbum ad omnes species in quibus obligatio oritur neq; præcipuas in hoc haberi obligationes quæ rei traditione fiunt, vt vidimus de verbo contractus. Quare cum Labeo in hac definitione verbum hoc contrahere obligationi tanquam propriũ tribuere voluerit nullum debuit casum excludere in quo obligatio contracta dici posset. Tametsi verò diximus Lab. ibi non tàm voluisse definire quid sit contractus quàm declarare hoc verbum cõtrahere tamen non putamus eum de contractu quicquam cõtrarium sensisse quare hoc ex alijs legibus desumendum est, probatur autem ex alijs legibus quas initio adduximus semper vbi obligatio contracta sit contractus nomen con-
27 uenire, alias significationes habet hęc vox contractus, sed illæ prorsus improprię sunt, vt cum pro sententia, atque etiam pro distractu contractus nomen vsurpamus l. Valerius. ff. de iure fisci l. omnium C. de omni agr. deserto. Summa igitur huius nostræ sententiæ hæc est vt doceat ibi Labeo nõ quid sit cõtractus sed quid sit illud quod contractum dicimus atque iccirco dicat illud esse obligationem, quia præter obligationẽ nihil planè aliud est cui verè conueniat hoc verbum contrahere, hoc est verè contractum dici possit, illa autem verba vltrò citròq; iccircò diximus Labeonem adiicisse, vt ostenderet hanc vocem in reciprocis conuẽtionibus posse seorsum tàm ad huius quàm ad illius obligationem referri. Ex qua explicatione intelligitur hanc definitionem ijs quæ
28 superius docuimus nulla ex parte aduersari cum diximus depositum, commodatum, aliasq; similes cõuentiones quę re cõtrahuntur attẽta prima huius uocis significatione magis propriè contractus dici, alias verò cõuentiones quę solo cõsensu fiunt vt emptionem locationẽ societatem & id genus alias quamuis non impropriè tamen ex latiori tãtum significatione hoc sibi nomen vendicare, quatenus scilicet vsus obtinuit vt contractus dicatur quęcunq; conuentio ex qua obligatio contrahatur. Cum verò alijs compluribus argumentis probatur hæc nostra sententia quæ omnia ex ijs quæ diximus facile colligi possunt, Tum illud mihi inter cętera sanè maximi momenti esse videtur quod si alio modo hunc contextum exponeremus cogeremur fateri vbique iurisconsultos mentiri qui depositum commodatum atq; alias omnes cõuentiones quæ ab una tantum parte obligationem pariunt promiscuè cõtractus appellãt l. iurisgentiũ in princ. ff. de pact. §. ult. instit. de oblig. & sexcẽtis alijs in locis ita ut ne suspicatus quidẽ vllus sit nõ uerissimè, maximèq; propriè dici contractus omnes qui re perficiuntur licet nõ utriusq; partis obligationem contineant. Probatur ex eo prętere a nostra expositio, quia nisi hoc pacto hæc Labeonis definitio acciperetur neq; etiã emptioni alijsque contractibus

contractibus ibi connumeratis vllo planè tempore conuenire posset, quemadmodum suprà demõstrauimus. Tertiò cõfirmatur, quia alioquin nulla posset assignari ratio, cur semper seorsum de emptione, de venditione, de locatione, de conductione, alijsq; correspectiuarũ conuentionũ quasi partibus distincta mentio haberetur, vt in d.l. Labeo.§. contractũ, in l. iurisgentiũ in princ. ff. de pact. in l. 1.ff. de rerũ permut. in l.si stipuler.§. vlt.inf. eo. Nec dicas hoc ideò fieri, quia quamuis vnus & idẽ contractus sit, in eo tamẽ duorum facta interueniant, quæ singula singulis nominibus appellari debuerint; nam etiã stipulatio, & sponsio diuersa exprimunt facta, scilicet interrogantis, & respondẽtis, 29
vt plenius explicabimus inf. cũ de stipulatione agemus; & tamẽ nõ eodẽ modo de spõsione, ac stipulatione seorsum mẽtio habetur. Quare cogimur fateri ea de causa fieri hoc in cõuentionibus correspectiuis, vt in emptione, uẽditione, ac similibus, quoniã hæc singula singulorũ contractuũ ꝓpria nomina sunt, ut rectè probatur legibus supra adductis ac prȩsertim ex d.l. iurisgentiũ in princ. Vbi dum loquitur Vlp. de conuentionibus quæ transeũt in propriũ nomẽ contractus, emptionis seorsum, ac uenditionis, itẽ locationis, « & conductionis exempla tradit. Quȩ pariunt (inquit) actiones in suo nomine non « stant, sed transeunt in proprium nomen contractus ut emptio, uenditio, locatio, con « ductio &c. Quibus uerbis apertè ostendit his singulis tanquam proprijs nominibus singulos contractus significari. Multa igitur quæ in hoc contextu l.Labeo. dura uidebãtur undequaq; plana, & aperta erũt, si traditam à nobis expositionem retineamus. Iam uerò ex ijs quæ diximus nonnullæ possunt ellici cõclusiones quæ cæterorum fermè omnium sententiȩ aduersantur. Prima est, pactum non tàm generaliter sumi posse, quemadmodum cȩteri interpretes arbitrantur, vt de omnibus planè conuentionibus prædicetur; neque.n. prȩdicatur de conuentionibus quæ re perficiuntur, quicquid contra comminiscantur Accurs. Bart. Imolensis, & alij in locis superius adductis. Secunda est cõclusio, hoc non obstante dari pactũ in genere, posseq; hanc vocem de ijs omnibus cõuentionibus prædicari quæ verbis fiunt, & nudum consensum continent, contrà quàm sentiant Franc. Duarenus, & Iacobus Cuiatius in l. 1. ff. de pact. dum negant pactum in genere reperiri, sentiuntq; hanc vocem tantum referri posse ad eas conuentiones, quæ non transeunt in proprium nomen contractus. Quamuis hãc suam sententiam ab obiectis Eguinarij Baronis defendat multis verbis idem Duaren. lib. 2. anniuers. disputat. cap. 8. Tertia est, depositum, commodatum, aliosq; contractus qui re fiunt & continent obligationem ab vna parte tantùm, maximè propriè contractus esse, ijsq; Lab. definitionem optime conuenire. Quarta, emptionem venditionem, locationem, conductionem, societatem, mandatum, anteaquam ab alterutra parte traditio interuenerit, minus propriè contractus esse quàm mutuum, depositum, commodatũ & alios similes; Quod plerisq; forsan non modo falsum, sed & planè absurdum videri potuisset cum in ea opinione cõstantissimè nostri ferè omnes persistant, vt dicãt maximè propriè contractus esse qui continent, citròq; obligationem Accurs. in d.§. contractum. Bar. in.l.si donationis C. quod me caus. necnon uterque Imolensis in.l.v.in princ.inf. eo. Corras. in. l. frater à fratre. ff. de condict. indeb. Alcia. & post eum Io. Brachȩus in.d.§.contractum. Iacob. Cuiatius in.l.Iurisgentium in princ.ff. de pact. Quinta est, has ipsas conuentiones quæ solo consensu perficiuntur, etiam ante implementum quamuis minus propriè (vt proximè dictum est) tamen non impropriè contractus dici posse; siquidem inter proprium, & improprium medium reperitur quoddam, quod di- 31
citur

citur non improprium, vt docet Vlp. in l. 1. ff. de suis & legit. Iccircò autem diximus appellari contractus has quoq; conuentiones quanuis nullum συνάλλαγμα, nullamq; traditionem contineant, quia receptum est, vt ex ijs quoq; obligatio contrahatur. Huc etiã
32 accedit quod quoties actus ad aliquem iuris effectum efficax est, solet ab eo nominari quod subsequuturum est, vt hìc constat sequuturam esse contrectationem. Sic dos licet dicatur à dando, tamen ante dationem sæpè sic appellatur l. si socius pro filia. ff. pro socio l. si pater C. de collat. probaturq; in Rub. C. de dotis promiss. & in Rub. C. de
33 dot. caut. cum sim. adductis à Ias. in Rub. ff. solut. matr. in 1. lectura col. 6. Permutatio quoq; dicitur à permutando, quod non fit solis verbis, sed re, & facto; Et tamen etiam anteaquam res, & factum interueniat, dicitur interdum permutatio l. 1. §. permutatio. ff. de rerũ permutat. Vltima est conclusio, stipulationẽ minus quidẽ propriè contra
34 ctũ esse, quã depositũ, & alias cõuentiones qui re perficiũtur, tamẽ æquè propriè cõtractus nomẽ sibi vẽdicare atq; emptionẽ, venditionẽ, locationẽ, conductionẽ, & alias cõuẽtiones quę solo cõsensu fiunt; Cuius rei ratio illa est, quia vt propriè cõtractus dicatur, nõ illud spectandũ est, anne cõtineat ab vtraq; parte obligationẽ (vt iã demonstratũ est) sed an συνάλλαγμα interueniat; Verum quoniam vsus inualuit, vt contractus dicerentur omnes conuentiones, ex quibus efficax contrahitur obligatio, propterea factum est vt sicut emptio, venditio, aliæq; similes conuentiones, quæ sine vlla traditione solo consensu perficiuntur, ita stipulatio quanuis nullam traditionem, nullumq; συνάλλαγμα contineret, non impropriè contractus appellaretur, vt in l. in conuentionalibus inf. eo in l. non solum. s. tit. pro. l. si donationis C. quod met. caus. l. 1. C. vt act. ab hæred. & cont. hær. l. pręposteri. C. de testam.

ARGVM.

VEstimenta conuentionum, quæ nostri interpretes tradunt, exceptis duobus, à iurisconsultorum sententia abhorrere, neq; ex ijs ad obligationum efficaciam vel inefficaciam certas prorsus regulas desumi posse.

1 Ex traditione et receptione oritur æquitas, solum fundamentum naturalis obligationis.
2 Conuentionum efficaciam ex illarum vestimentis Doct. desumunt.
3 Sex conuentionum vestimenta ex Accursio; quibus alia cæteri Doct. adiiciunt.
4 Vestimentum quod re perficitur omnium maximè iurisconsultorum sententię est consentaneum.
5 Non absurde inter nudas conuentiones recenseri possunt contractus omnes, exceptis iis qui re perficiuntur.
6 Nuda conuentione contrahitur pignus.
7 Ex nuda pactione actionem non oriri perpetuum non est.
8 Stipulatio an recte possit dici nudum pactum.
9 Variis de causis dici potest aliquid nudũ.
10 Nudum, & non nudum potest idem dici diuersis cõsideratis, sicut absens & præsens eodẽ tempore quis dicitur.
11 Pactum nudum dici potest etiam si nõ demus pactum non nudum, sicut dicitur vsus nudus, quãuis nõ reperiatur usus non nudus.
12 Est interdum cum in contrahendo traditio interueniat, & tamen consensus potior sit.
13 Vestimentum verborum non prorsus improbandum.
14 Literarum uestimentum non per se censeri debet, tanquam diuersum uestimentum.
15 Vestimentum consensus nullatenus recipiendum.
16 Accursius incertus quid dicat in re seria iocatur.

iuris ciuilis esse dici debet. Quarto subijcit Accurs. in d. §. quinimò. cõuentiones vesti
consensu vt inst. de oblig. quę ex consensu nasc. Quod vestimentum nihilo magis re- 15
cipiendum est, Idq; duplici de causa. Primò quia hæ conuentiones quas dicit vestiri
consensu, vt emptio, venditio, locatio, conductio, societas, mandatum inter nudas cõ
uẽtiones, & nuda pacta à iurisconsultis recẽsentur, vt in illis omnibus legibus quas su-
pra retulimus; secundò, quia si consensu conuentiones vestirentur, omnes omnino cõ
uentiones vestitæ dici possent, cum nulla planè conuentio sit, quæ non habeat in se cõ
sensum l. 1. §. conuentionis. ff. de pact. Accursius in d. §. quinimo. cum videat non 16
rectè hoc obiectum vllo modo tolli posse, ad fabulam confugit, atq; in eo iocatur
in quo maximè agendum seriò fuisset; ait enim vestem hanc consensus, leuem esse
& elegantem, ideòq; certis tantùm contractibus, qui pingues & callidi sunt, posse con
uenire. At nos omissis iocis fateamur has ipsas conuentiones quę solo consensu fiunt
nullum consensus vestimentum habere, quod nõ in alijs quoque omnibus conuentio
nibus cernatur inesse; hoc vero amplius præcipuo quodam iure ipsis tributum esse, vt
ex solo consensu obligationem pariant, nec quicquam aliud ad illarum efficaciam sit
necessarium. Verùm hanc efficaciam vestimentum esse, nulla ego lege probari video; vi 17
deo quidem probari contrarium, cum leges interdum admittant ex nuda conuentio-
ne posse promissorem ad præstationem urgeri, vt tradit Diocletianus inter alios in l.
nuda C. de contrah. stipul. vbi dum negat id semper fieri posse, interdum posse fieri
apertissime concedit. Atque ex hoc etiam optimè improbari potest illud vestimentũ
quod Doctores legis auxilio tribuunt; nam quoties cõuentio aliqua lege approbatur, 18
legitima quidem fit, sed non propterea desinit esse nuda cõuentio, seu nudum pactum.
« quod optimè ostendit Paulus in l. Legitima. ff. de pact. Legitima (inquit) conuentio
« est quę aliqua lege confirmatur, & ideo interdum ex pacto actio nascitur, quoties lege
vel S. C. adiuuatur. Cum dicit interdum ex pacto actionem nasci, necesse est de pacto
nudo eum intellexisse, quoniam alioquin non rectè diceret, interdùm; sicq; inter pacta
quę passim dicuntur nuda, illa quoq; recenset quæ efficacia sunt, ac lege uel S. C.
adiuuantur. Ex his facile poterit per se unusquisq; alia quoque uestimenta refellere, quę
Accursius, cæteriq; interpretes conuentionibus accommodarunt. Itaq; in reliquis quæ
supersunt nihil est, quod diu commoremur. Quinto loco ait Accursius vestiri pactũ
cohęrentia contractus, quoniam pactum contractui adiectum ipsi contractui censetur
inesse, vt in illa. l. Iurisgentium §. quinimò. ff. d. pact. Sextum statuit vestimentum quod
rei interuentu inducitur, id quod fieri dicit in contractibus innominatis, d. l. Iurisgen
tium. in princ. vers. sed & si in alium. Subijcit posteà ibidẽ Accursius præter hosce quos
huc vsque commemorauimus sex insuper alios vestiendorum pactorum modos reperi-
ri. Vestitur enim (inquit) rei principio. l. 1. §. 1. ff. de pollicit. nam si pollicitatio sine causa
facta fuerit Reip. ex ea non obligatur qui promisit, obligatur tamen si opus cæptum sit.
Ait etiam uestiri pactum legis auxilio. l. Legitima. ff. de pact. §. item iureiurando l. ut iu-
siurandi. ff. de op. libert. De his uestimentis tractant esse alij interpretes in §. 1. Inst. quib.
mod. re contra. oblig. ac fusius in l. petens C. de pact. Quo in loco addunt ipsi prę
tereà uestimentum quod appellant rei traditione, idq; statuunt non tantum ab eo dif- 19
ferre quod ipsa re, sed etiam ab eo quod rei interuentu perficitur. Quod ibi Dominus
meus Bolognetus explicat in hunc modũ, ut dicat tunc pactum uestiri rei traditione cũ
ex aliquo contractu uel titulo traditur res, posteaq; conuenitur, ut aliquid fiat, cuiusmo

di

in verſ. Quinimò & verſ. Vt puta. ſex pactorũ, ſeu conuentionum veſtimenta proponit quorum vnumquodque per ſe ad veſtiendas conuentiones ſatis eſſe dicit, quę verò omnibus planè careant, eas ſolas eſſe nudas conuentiones arbitratur. Ac præter hęc Accurſij veſtimenta alia inſuper nonnulla interpretes adijciunt. Primò dicit Accurſius pactum hoc eſt conuentionem (nam promiſcuè vt .s. admonuimus Accurſius & alij pro conuentione pactũ vſurpant) re veſtiri, velut mutuum, depoſitum, commodatum vt paſſim habetur Inſt. quib. modis re contrah. obligat. Secundum ait eſſe veſtimentum verborum, quorum ſolemnitate veſtitur ſtipulatio, vt hoc ipſo titulo & inſt. & C. eo. Vt noſtram de his ſingulis ſententiam aperiamus; nos quantum ad veſtimentum rei fatemur Accurſium & ſequaces rectiſſimè loquutos eſſe; quantum ad veſtimentum verborum, licet non prorſus rectè, cum & ſtipulationem nudi pacti appellatione ſæpenumerò iuriſconſulti complectantur, tamen quod ipſi dicunt à veritate non prorſus abhorrere exiſtimamus. Quantum verò ad cætera veſtimenta quæ præter hęc duo prima afferuntur, ea vel ad hęc ipſa referri, vel prorſus inania, & commentitia eſſe credimus; quę omnia ſuo loco demonſtrabimus. Dicimus ergo omnium maxi-
4 me ſententiæ iuriſconſultorum conſentaneum eſſe veſtimentum quod re perficitur, nempè cum rei traditione perficitur conuentio, cum . n . tunc συνάλλαγμα reiq; traditio interueniat, non poteſt hæc conuentio videri nudum conſenſum continere ideoque nec nuda conuentio dici debet. Quare conſequens erit vt rectè poſſit dici veſtita; ſolumque eſt (vt mihi videtur) hoc veſtimentum, ad cuius excluſionem nudæ conuentiones primùm dici cęperunt. Quod breuiter nonnullarum legum authoritate demonſtrabimus; Deinde ad ſecundum veſtimentum veniemus. Reperio iuriſconſultos vbique eam conuentionum diſtinctionem, quam nos ſupra tradidimus ante oculos habuiſſe, vt quaſdam ſtatuerent conuentiones eſſe quæ re perficiuntur, alias verò quæ nudum conſenſum contineant; Quę re perficiuntur, eas nunquam dixerunt nudas; cum enim in perficiendis conuentionibus nihil potius, efficaciuſuè ſit, quam συνάλλαγμα hoc eſt rei traditio, ideò iudicarunt conuentiones illas quæ rei traditione fiunt vſqueadeò perfectas, numeriſque omnibus abſolutas eſſe, vt nulla planè ratione poſſint nudæ appellari; Quæ verò ſine vl-
5 la rei traditione perficiuntur, eas video nudas appellari, ea proculdubio ratione quoniam deeſt in illis συνάλλαγμα quod in conuentionibus potiſſimum attenditur. Probatur hoc primò ex l. traditionibus C. de pact. Traditionibus (inquit " ibi Diocletianus) & vſucapionibus non nudis pactis dominia transferuntur. " Venditionibus certe, locationibus, mandatis in quibus nulla interuenerit traditio non transferuntur dominia, quare cum de nudis pactis loquitur Diocletianus, has quoque conuentiones proculdubio complectitur; Tanto magis quia cum traditionibus opponat nuda pacta, in eo ſatis oſtendit ideò ſe appellare nuda pacta quod nullius rei
6 traditionem contineant. Probatur hoc præterea ex l.1.ff. de pign. actione, vbi nuda conuentione tunc contrahi pignus intelligit Vlp. cũ traditio non interuenit; quanuis poſſit adhiberi ſtipulatio, atque etiam ſine ſtipulatione pignus efficacem obligationẽ producat; id quod ad veſtiendam conuentionem (vt poſtea dicemus) Doct. ſatis eſſe exiſtimant. Verba Vlpiani hæc ſunt. Pignus contrahitur non ſolum traditione, ſed " etiam nuda conuentione &c. Tertiò Iulianus quoque in l. ſolent .ff. de præſcript. " uerb. non minus hoc apertè docet, nudam ſcilicet conuentionem ſemper dici,

quoties non adest negotiũ(negotiũ appellat ipſę quod græci συνάλλαγμα dicunt) Facti vero ſpetiẽ eiuſmodi proponit. Fuit alicui neſcio quid promiſſum, vt indicaretur ſeruus fugitiuus; quãuis eo nomine nihil ſolutũ ſit, dum tamen ſeruus fuerit apprehenſus, ex hoc dicit interuenire negotium, atq; ob id nudam pactionem non eſſe. Quod ſi ſolu-
" tum quidem (inquit) nihil eſt ſed pactio interceſſit ob indicium, hoc eſt vt ſi indicaret,
" apprenſuſque eſſet fugitiuus certum aliquid daretur, videamus, an poſſit agere. Poſtea
" ſubijcit. & quidem conuentio iſta non eſt nuda vt quis dicat ex pacto actionem non
" oriri, ſed habet in ſe negotium aliquod. Ecce nudam conuentionem appellat quę non habet in ſe negotium; nec dubiũ eſt quin ibi negotium appellet quod nos cõtrectationem, greci συνάλλαγμα dicunt; nam ſic etiam accipitur negotium in l. Ariſto. ff. de donat. Quartò facit ad hoc maximè l. 1. §. permutatio. ff. de rer. permut. quo loci Paulus conuentiones illas quæ rei traditione non perficiuntur, nudum conſenſum habere dicit; quanuis fuerit receptum vt non minus ac reliquæ ad agendum ſint efficaces. Quod ſi nudum conſenſum habent, non video cur veſtitę potius quàm nudæ dici debeant; Poteſtq; ad hoc pariter perpendi quod habetur in. l. legem C. de pact. Hoc modo etiam intelligo quod tradit Vlp. in. l. iuriſgentium §. Igitur nuda. ff. de pact. vbi cum dixiſſet contractum innominatum parere obligationem, ſi interuenerit traditio(quod enim cauſam dicit, traditionẽ intelligit) ſubijcit vbi nulla ſubeſt cauſa, ibi nullam oriri obligationem; ac demum colligit concluſionem in hęc verba. Igitur nuda
" pactio obligationem non parit, ſed exceptionem. Quare cum de nuda pactione loquitur neceſſe eſt à vt à traditione nudam intellexerit; ſiquidem hoc ex præcedentibus neceſſariò colligitur. Quod verò ibi dicit ex nuda pactione actionem non oriri, hoc regulare eſt, ſed tamen in nonnullis pactionibus nudis receptum eſt, vt obligationem etiã 7
ad petendum efficacem pariant, vt habetur in d. l. 1. ff. de re permut. & in. l. legitima. ff. de pact. Sic rectè concludi poteſt nudam conuentionem appellari etiam ſtipulationem, ut expreſſim probatur in d. l. Traditionibus C. de pact. l. 1. ff. de pign. act. cum alijs ſupra adductis; Quare ſi adhibita ſolemnitate verborum adhuc pactum dicitur nudum, ex hoc certè ſequitur nullum conſiderari veſtimentum verborum. At his omnibus legibus quas hactenus adduximus, videntur alię leges aduerſari, quæ appellant pactum nu- 8
dum, cum à ſtipulatione illud ſeiungunt, vnde neceſſario colligi videtur ſtipulationem non poſſe dici pactum nudum. Habemus hoc in. l. Diuiſionis placitum. ff. de pactis.
" Diuiſionis placitum niſi traditione, vel ſtipulatione, ſummat effectum vt nudum pactũ
" nulli prodeſſe poterit. Ita demum vult ibi Hermogenes pactum nudum appellari poſſe niſi ſtipulatione ſummat effectum. Vbi ergo ſtipulatio adhibita ſit, ibi pactum nudum non eſſe perſpicuè ſentit. Demonſtrat hoc idem Dioclet. in. l. ſi tibi C. locati. Si tibi
" (inquit) quæ pro colonis conducti prædii prorogaſti Dominus fundi ſtipulãti dare
" ſpopondit, competens iudex reddi tibi iubebit. Nam ſi conuentio placiti fine ſtetit
" ex nudo pacto proſpicit actionem iure noſtro naſci non poſſe. Quę uerba oſtendunt, conuentionem illam qua ſtipulanti aliquid promiſſum eſt, placiti fine non ſtetiſſe, neque nudi pacti appellatione contineri. Quamobrem Accurſ. in l. 4. ff. de ſponſal. dum interpretatur id quod ibi dicitur nudũ conſenſum ſufficere ad conſtituenda ſponſalia, intelligit nudum à ſtipulatione, quæ in ſponſalibus non eſt neceſſaria l. ſponſalia, & l. vlt. eo. tit. de ſponſ. Verùm quia pro contraria parte vigent. illę leges quæ probant ſtipulationem pactum nudum eſſe, uidendum eſt quomodo poſſint hęc duo ſimul conſi

ſtere

ftere,vt à pacto nudo diftinguatur ftipulatio, & tamen eadem ipfa ftipulatio pacti nudi
9 appellatione contineatur. Conftituendum eft in primis, nudum aliquid dici multis mo dis, varieq; pro rerum fubiectarum varietate hãc uocem accipi poffe. Dicimus nudum præceptum quod fine caufa fit l. pater filium §. Iulius Aggrippa. ff. de leg. 3. Dicimus nu dum teftimonium quod iurifiurandi religione caret c. tua. extra de cohab. cleric. & mu. Nudum appellamus fermonem quo nihil promittitur, fed fimpliciter aliquid affe ritur l. fciendum §. dictum. ff. de ædil. edict. Quod attinet uerò ad conuentiones, cum hanc uocem ad eas applicamus, illud ubique obferuari poteft quod fuperius diximus multifque legibus comprobauimus, iurifconfultos ante omnia habuiffe prę oculis prin cipalem illam diuifionem conuentionum, vt aliæ συνάλλαγμα, hoc eft contrectationem, reiq; alicuius traditionem contineant, aliæ uerò folo confenfu vel uerbis vel alia quacunque ratione expreffo perficiantur. Qua diuifione retenta confentaneum certè fuit, vt illas potius nudas conuentiones appellarent, quæ nullam continent traditionem, vn de & ftipulationem inter nuda pacta rectiffimè recenfent. Verùm quoniam lex ciuilis vt nudas conuentiones efficaciores redderet, eas præfertim quæ ex folo confenfu obligationem producunt, interrogationis ac refponfionis formam adinuenit, ex hoc fit vt nõ prorfus nudæ dici foleãt, in quibus talis verborum folemnitas fuerit adhibita; quamuis alia de caufa verè nudæ appellari deberent, quatenus fcilicet non habent illam contrectationem, quam attenta prima, fimpliciorique conuentionum natura hac in re potiffi mũ fpectari debere diximus. Quare quoties ex fubiecta materia conftat de illis conuentionibus non agi, quibus συνάλλαγμα infit, ideòq; non potuiffe ad illud excludendum nudam conuentionem appellari, rectè dicemus hac appellatione, nudum, verborum fo lemnitatẽ excludi, vt in l. 4. ff. de fponf. in l. Diuifionis placitum. ff. de pact. in l. fi tibi C. locati. Quæ leges in hunc modum cum alijs legibus fuperius adductis cõciliari debent,
10 vt dicamus ftipulationem varijs refpectibus poffe dici pactum nudum, & non nudum; Sicuti videmus in fimili propofito vnum, eundemq; hominem eodem tempore (diuer fis tamen rebus confideratis) rectè & abfentẽ, & præfentem dici poffe, iuxta ea quæ no. in l. præfens. ff. de procur. & in l. Abfentem. ff. de verb. fignif. At hic forfan aliquis inftabit contra id quod fupra diximus nudam conuentionem ob id potiffimum folere appellari, vt excludatur rei traditio; Nam dicet rectè quidem quãtum ad conuentionem hoc procedere, fed quantum ad pacta non eodem modo affirmari poffe. Nam cũ à nobis conclufum fupra fuerit, conuentionibus quæ re perficiuntur pacti nomen nõ conuenire, quoties pactum dicimus, fatis ex hoc oftendimus nullam interuenire traditionẽ; quare nõ eft neceffe vt ad excludendã traditionẽ nudũ pactũ appellemus. Ad hoc refpõdemus (& hanc refponfionẽ diligẽter cupimus animaduerti) nõ effe neceffe pactũ
11 appellari, quod non eft nudũ a traditione, vt ad eius differentiã poffit dici nudũ illud pactum in quo traditio nõ interuenit; fed fatis effe vbi adfit traditio ibi quoq; poffe materiã adeffe quę pactũ conftituit, nimirũ duorũ, pluriumuè cõfenfum qui pacti fubftantiã perficit l. 1. in princ. ff. de pact. l. Pactum. ff. de pollicit. Quamuis eo cafu quo nudũ non eft, non rectè dicatur pactum; quod optimè demonftratur hoc exemplo. Vfus appellatur nudus, cum ab vfufructu feiungitur l. 1. ff. de vfu & habit. et tamen compertiffimum eft non dari vfum non uudum; fiquidem ille vfus, qui in vfufructu continetur non per fe formalis feruitus eft, quemadmodum ille vfus quem Caius in d. l. 1. nudum appellat. Quare fatis habuit Caius non nudi vfus fi minus nomen, at faltem materiam reperiri,

reperiri, vt ad eius exclusionem nudus vsus dici posset; Quod ipsum nos & de pacto re ctè affirmabimus; At quia interdum est, cum traditio interueniat, & tamen cōsensus po tior sit, vt in l. legem C. de pact. eo casu minimè ambigendum erit, quin pactum illud & pactum non nudum dici possit. Itaq; quoties dabitur hoc pactum non nudum multo magis tùm perspicuum erit posse ad ipsius exclusionem pactum nudum appella ri. Hæc sunt prima duo pactorum vestimenta quæ tradit Accursius in d. l. iurisgentiũ §. quinimò. Primũ re ipsa constat, quod diximus oĩum maximè iurisconsultorum sen tentiæ conuenire, non quia rei traditionem iurisconsulti vestimentum vocent, sed quia ad traditionis exclusionem nudum pactum, nudamque conuentionem appellant. Alte rum est vestimeutũ verborum cuius nō eandē planè ac primi vestimenti vidimus ratio nē esse; Siquidē conuentio in qua rei vestimentũ adest, nullo modo nuda dici potest; at vestimentum verborum non impedit quominus conuentio hoc modo vestita rectè in ter nudas conuentiones recenseatur, quemadmodum fit in multis legibus superius ad ductis. Non tamen iccircò hoc vestimentum verborum prorsus improbauimus, cum clarum sit, quandoque ad solam verborum solemnitatem excludendam vocari pa ctum nudum. l. diuisionis placitum. ff. de pact. l. 4. & ibi Accurs. ff. de spons. l. si tibi C. de pact. Præter hæc duo verò vestimenta ideò diximus reliqua omnia quæ ab Accursio & alijs tàm multa afferuntur reijci debere, quia aut ad primum vestimentum referuntur, aut si non referuntur, inania figmenta sunt, ac iurisconsultis antiquis prorsus incognita; quod vt rectè intelligatur, deinceps ad alia pergamus. Recenset Accursius. 3. loco vesti mentum literarum, cum ex literis quoque oriatur obligatio, inst. de lit. oblig. in princ. 14
At nos in eiusmodi obligatione præter vestimentum rei, hoc est præsumptam pecuniæ numerationem nullum aliud videmus vestimentum; neque enim alia de causa hìc literę adhibētur quàm vt probent pecunię numerationem intercessisse. Cum enim sæpissimè (quæ hominum improbitas, & perfidia est) negetur facta numeratio, quę verè facta fuit neque vlla ratione probari possit, ita constituere fuit necesse, vt post biennium exceptio non numeratæ pecuniæ nihil prodesset, sed biennii authoritate ea fides adiun geretur syngraphę, vt aduersus eam testibus non crederetur. Vnde si huiusce conuen tionis vires, & naturam rectè spectauerimus, nullum ex ea diuersum cōuentionis genus constituemus. Et hæc est causa cur apud iurisconsultos de literarum obligatione nulla mentio reperiatur, neque enim veritate nititur hæc obligatio, sed tantum iuris præsum ptione; neque alia de causa efficax est, nisi quia pecunię facta esse numeratio creditur.
At non iccircò tamen reprehendendus est Iustinianus, qui vt magis distinctam obliga tionum theoricam nobis traderet, literarum obligationem ab alijs separauerit, quasi lite ris ipsis totam obligandi vim tribueret; Nam considerauit ipse solas literas in causa esse, vt ad soluendum possit compelli qui alias non posset, ita vt nulla re alia quam syngra phæ testimonio obligetur. Quod testimonium licet possit non verum esse, ne tamen te stibus queat improbari, maxima cum rōne introductũ fuit. At nos intrepidè concludi posse arbitramur in hac specie nullũ vestimentum adesse, quod inspecta veritate ipsiusq; conuentionis substantia à vestimento rei seiungi possit; Vt enim probandi modũ hìc diuersum esse fatemur, sic vestimentum ipsum quod probatur, à rei vestimento differre non concedimus, neque vllam veram admittimus à iure ciuili inductā esse obligationē Nam id tantùm à iure ciuili est, vt eo ipso tempore improbandę obligationis facultas sit adempta; obligatio uerò ipsa quam lex ciuilis præsumit, iurisgentium potius quam

iuris

17 Nuda conuentio postquam efficax effecta est, non ideò nuda esse desiit.
18 Vestiri pactum legis auxilio à iurisconsultorum mente alienum est.
19 Differunt hęc tria secundum Doct. Re vestiri, Rei interuentu, & rei traditione.
20 Omnia conuentionum vestimenta Io. Bologn. ad duo redigit.
21 Quid de his vestimentis conuentionum uerè senserint iurisconsulti.
22 In .§. fin. inst. de oblig. de uestimentis nihil Iustin. cogitauit.
23 Non tàm damnandi Doct. quod multa comminiscantur, quàm quod ex mente iurisconsultorum illa ipsa se tradere profiteantur.
24 Incēdii, ac terremotus uestimenta nihilo magis absurda essent, quàm buæ à doctoribus sunt excogitata.

CAPVT. VI.

Cvm iam explicatum à nobis fuerit, quomodo diuidantur contractus voluntarij quos iurisconsulti conuentiones appellant, & quę singulis gēeribus nomina magis conueniant; Reliquum est vt videamus quomodo ex ipsis obligationes oriantur, quod posteriore loco nobis propositum erat. Quod attinet ad illas conuentiones quæ re perficiuntur nihil est, quod in ijs elaboremus, clarum est enim (idq; & supra diximus) ex illis oriri obligationem, vt toto tit. Inst. quib. modi re contra. obligat. Siqui
1 dem continent συνάλλαγμα seu rei traditionem ex qua naturalis æquitas, & consequenter obligatio nascitur ar. l. stichum §. Naturalis. ff. de solut. nō tantùm si transeant in proprium nomen contractus, sed etiam si penitus innominatę sint. l. Iurisgentium in princ. ff. de pact. l. 1. ff. de rer. permut. Satis enim est illud constare rem tibi commodatam, vel penes te depositam esse, quam cum tu eo nomine receperis, ex hoc ipso statim exoritur æquitas, quæ te (quantum in ipsa est) ad eius restitutionem vrget, atque compellit. Itaque consentaneum fuit, vt ciuiles leges ex his causis actiones instituerent. Quantum verò attinet ad illas conuentiones quæ verbis fiunt, nudumque continent consensum, nullius rei traditione munitum, non satis perspicuum est quomodò ex ipsis oriatur ob
2 ligatio. Huius totius rei explicationem ex pactorum vestimentis nostri interpretes desumunt. Dicunt enim alias esse conuentiones nudas, alias vestitas. Conuentionibus vestitis concludunt obligationem inesse, & quidem; efficacem At nudas conuentiones nullam volunt, producere efficacē obligationem. Imo verò nonnulli vt Perticensis (quē & torniellus hìc refert num. 26) & Franc. Cōnan. lib. 8. cap. 1. num. 5. negant vllam prorsus ex ijs oriri obligationem, quamuis non sic sentiant communiter interpretes; nam fatentur ipsi (vt latius infra suo loco referemus) ex nudis conuentionibus oriri obligationem, sed eam dicunt esse naturalem tantùm, ac nostris temporibus inefficacem, ita vt ex ea nihil peti possit. Vtrum verò iure gentium ante conditas leges ciuiles efficax esset hęc naturalis obligatio, quæ oritur ex conuentionibus nudis, & an pro ea manus Regia exerceretur, maxima inter ipsos interpretes altercatio est. Nos quibus hæc omnia ordine explicare propositum est, nihil rectius facere posse arbitrati summus, quàm vt rectè illud ante omnia declararemus quæ sint nudę conuentiones, & quæ vestitę; Neque enim cum iurisconsultis satis consentiunt nostri interpretes, sed nouas ipsi traditiones afferunt. Ridebunt ipsi (sat scio) si inter nudas conuentiones emptionem, locationem, societatem, numerari audiant; Et tamen nos videbimus hoc à iurisconsultorum sententia haud ita prorsus abhorrere. In vestiendis sanè pactis nostri interpretes nimis largi, ac liberales fuerunt. Accursius in. l. Iurisgentium §. quinimò. ff. de pact.

di exempla proponuntur in l. legem C. de pact. et in toto tit. C. de donat. quæ sub
modo; Quare cum in hoc vestimento quod fit rei traditione, ipsa rei traditio nihil ad
pactum perficiendum attineat, sed potius pro alterius contractus exequutione adhi-
beatur, propterea statuunt illud differre ab eo vestimento quod rei interuentu fit, & in
conuentionibus innominatis adhibetur, quod ab ipsa conuentione nõ est seiunctum
sed ad eam potius perficiendam attinet, eiusq; implementum dici potest. Postremò
adijciunt vestiri pactum calore iudicij, ex quo pactum quod alioquin inualidum
esset, validum atque efficax redditur, vt tradit. Accursius in auctent. Generaliter in
vers. conscribat C. de episc. & cleric. Ripa hìc num. 22. & dicũt probari in l. pa-
cta nouissima C. de pactis. Hæc porrò vestimenta omnia eodem illo in loco Bo 20
lognetus ad duo tantùm redigi posse animaduertit; dicit enim vestiri enim pacta
principaliter duobus modis, essentialiter (vt ipse inquit) & accidentaliter, essentialiter
quattuor modis vestiuntur, re, verbis, literis, & consensu Ac totidem pariter modis acci
dentaliter, scilicet rei interuentu, cohærentia contractus, traditione rei, & legis auxilio
Atq; hæc posteriore loco relata dicit rectius appellari posse vestimẽta; quandoquidẽ ac
cidunt pactis posteaquã inducta iam, & constituta sunt; non secus ac de hominum vesti
mentis fiat, quæ tunc demum induimur, cùm & generati, & in lucem editi sumus. At
de superioribus illis quattuor vestimentis hoc affirmari non potest, multoq; minus
etiam de eo quod rei interuentu fit, quodque propterea implementum potius quàm
vestimentum dici debere existimat. Hæc ille. Nos vt de his omnibus simul vestimentis
sententiam nostram exponamus, ante omnia illud stabiliendum censemus, cum pacto
rum, seu conuentionum inquirimus vestimenta, velimus nè ex iurisconsultorum men-
te loqui, an ex nostro capite hæc nobis vestimenta confingere. Si ex iurisconsultorum 21
sententia loquimur, iam demonstrauimus traditionis præsertim vestimẽtum eos agno-
scere, non quia traditionem ipsam vestimentum appellent, sed quia hac potissimum de
causa nudas conuentiones vocant, vt rei traditionem excludant; Et quoniam interdũ
etiam nudas conuentiones dicunt, quę verborum solemnitate carent, ideo retinen-
dum est quod supra conclusimus, ipsam quoq; verborum solemnitatem non absurdè
vestimentum dici posse. Præter hæc duo uerò nihil aliud reperitur in quo iurisconsulti
uestimenti rationem ullam habuisse uideatur. Quo fit ut illud non satis probare possim
quod ex Domini mei sententia paulo antè relatum est, scilicet ea potius conuentionũ
uestimenta dici debere, quæ ipsis conuentionibus accidunt, quàm quę ad illarum sub-
stantiam pertinent; cum .n. demonstratum à nobis fuerit, nihil aliud esse ex quo frequẽ
tius iurisconsulti nudas, & non nudas cõuentiones ęstimare soleant, quã rei traditionẽ
quã tamẽ traditionẽ ad ipsius cõuẽtionis substantiã pertinere perspectissimũ est, satis ex
hoc intelligimus nõ id eos in animo habuisse, ut hanc inter nudas & nõ nudas conuen-
tiones differentiam ex accidenti potius quàm ex substantia desumerent. Nec quisquam
nobis Iust. authoritatem obijciat qui non duo tantùm, sed quattuor uidetur uestimen-
ta statuisse .§. fin. inst. de oblig. nam uerè Iust. ibi nulla considerauit uestimenta, sed 22
quosdam quasi fontes uoluit nobis indicare, ex quibus oriantur obligationes. At uerò
si ex nostro potius capite hęc nobis uestimenta constituere uelimus, necesse est saltem
certum aliquid subesse, ex quo illa desumamus, & quod nobis potissimum in uestimen
tis hisce considerandum proponamus. Quid hac in re spectarint nostri interpretes mi-
nime obscurũ est; Video enim illos hac in re conuentionum efficaciam apertè conside-
rasse

rasse, cùm tot modis dixerint conuentiones vestiri, quot modis efficaces illas fieri animaduerterunt, contra quàm iurisconsulti voluerint, qui inter pacta uuda ea quoq; recensent quæ tanquam approbata à legibus & S. C. efficacia sunt, vt habetur in l. legitima. ff. de. pact. quam ad hoc supra perpendimus. Ac solam conuentionum efficaciam à nostris consideratam fuisse, vel ex eo facile intelligitur quod etiã pollicitationem dicunt rei principio vestitam esse, idq; non alia ratione, nisi quia pollicitatio quantumuis facta sine causa semper re incœpta efficax redditur, l. 1. ff. de pollicit. Ego illos hac
23 in re non eo nomine tantùm damnandos puto, quod iurisconsultis fuerint aduersati, sed ob eã causam maxime, quod iurisconsultorũ authoritate ea se tradere profiteantur, quæ iurisconsultis ipsis ne quidẽ vnquam suspicari in mentem venit. Quod si hæc tàm multa quę ipsi comminiscuntur, recipiamus vestimenta, non video cur non & alia quãplurima nos ipsi adijcere possimus, atq; hanc tàm insignem eorum theoricã locupletari; Vt. n. ipsi dicunt pollicitationẽ vestiri rei principio, quia post rem cœptam pollicitatio efficax redditur, & propterea ex hoc diuersum statuũt vestimentum, ita nos inter cæ
24 tera statuemus vestimentum incendij, item vestimentum terræmotus; nam his quoq; rebus pollicitationes efficaces fiunt l. ob casum l. propter incendium. ff. de pollicit. Quocirca sicut nemo non rideret qui hęc duo vestimenta, nimirum terremotus, & incendij inter alia vestimenta audiret connumerari; eadem ratione concludere possumus ridenda esse alia vestimenta, quę pręter illa duo primò loco à nobis connumerata, à nostris doctoribus afferuntur.

ARGVM.

QVid frequentius à nostris receptum sit quantum ad obligationes quæ ex conuentionibus oriri feruntur, tàm simplicibus, quàm reciprocis, siue (vt vulgò interpretes dicunt) correspectiuis.

1 Quin ex conuentionibus transeuntibus in proprium nomen contractus verę & efficaces oriantur obligationes, ineptũ est dubitare.
2 Quęstio de manu Regia illi quæstioni maximè affinis est, vtrum ex pactis nudis oriatur naturalis obligatio.
3 Quæ totius ordinis ratio futura sit in his quæstionibus tractandis.
4 Duplex naturalis obligatio.
5 Solam æquitatem fidei seruãdę posse inducere naturalem obligationem frequentius receptum est.
6 Effectus illius obligationis quæ oritur ex fide præstita.
7 Legitimę conuentionis exempla.
8 Retentioni, vel compensationi, vel exceptioni de non petendo quãdo sit locus
9 Ex alio etiam fonte præterquàm ex fide pręstita exceptiones oriuntur.
10 Pro pactis nudis manum Regiam præstari consueuisse, quibus potissimum ratio nibus Doctores demonstrent.
11 Prętor æquitatis custos, ac propugnator.
12 In c. 1. extra de pactis non rectè probatur pactum nudũ iure Pontificio prodesse ad actionem.
13 Qui sint qui negant pacta nuda per manum Regiam fuisse ad agendũ efficacia.
14 Ex conuentionibus quoq; correspectiuis oriri naturalem obligationem frequentius receptum est.
15 Communis inductio l. iurisgentium in princ. vers. sed & si ff. de pact.
16 Debilior vulgò creditur esse obligatio naturalis quę oritur ex conuentionibus, correspectiuis, quã quæ ex simplicibus
17 Eius debilitatis effectus.
18 Eiusdem debilitatis quę causa afferatur, & quæ sit ratio diuersitatis inter pactũ simplex, & correspectiuum.
19 Pruritus in hac materia se maximos sentire Fulgosius dicit.

CAPVT. VIII.

SAtis hactenus demonstratum est hæc quæ doctores afferunt pactorum vestimenta ad id quod quærimus parū pertinere;cū maximè hæc inter se differant,quod nudæ vel nō nudę sint conuentiones,& quod obligationē vel efficacē vel inefficacē producant; Quare hoc ipsum nobis dillucidius explicandum est,ex quibus scilicet conuentionibus obligationes ,& quales obligationes oriantur ; & quoniam de illis conuentionibus quę re perficiuntur minimè dubitandum est,quin pariant obligationem & quidem eam ad petendum efficacem(vt supra diximus) ex conuentionibus eas tantùm assumemus quę sine vlla tr aditione fiunt; Atq; ex his quoq; eas ommittemus quæ quanuis nō habeant συνάλλαγμα, tamen adeò frequentes sunt adeòq; ad humanæ vitæ vsum necessariæ, vt propterea in ijs receptum sit ex nudo consensu oriri obligationem l. 1. §. permutatio. ff. de rerum permut. Cuiusmodi sunt emptio,venditio,aliæq; quæ ibi connumerantur. Et Inst. de oblig. quę ex consen. nas. Si quidem hæ non minus ac conuentiones primi generis transeunt in proprium nomen contractus d. l. iu risgentiū in princ. ff. de pact. Quare vt in conuentionibus primi generis, ita in his ipsis nullus est dubitationi locus, Neq;. n. quisquam ambigit quin & hodiè ad petendum efficaces sint, & olim iure gentium manu Regia effectum sortirentur. De illis ergo conuentionibus tantū agemus quæ solo consensu fiunt, neq; transeant in proprium nomen contractus , vnde passim nudę conuentiones dicuntur . De his conuentionibus, siue ab vna parte tantùm,siue vltrò citròq; obligationem contineant, vt quę vulgo dicuntur correspectiuæ, varias quęstiones excitant doctores cùm multis alijs in locis, tùm pręsertim in hac Rubrica. Prima est nunquid pro conuentionibus nudis manus Regia pręstaretur, quę quanuis illam pariter quęstionem includat, nunquid ex pactis nudis oriatur naturalis obligatio , tamen de hac vltima perpauci dubitant, nam, excepto Perticensi, omnes propemodum admittunt oriri naturalem obligationem quoties conuentio simplex est. Secunda est quęstio nunquid pro conuentionibus nudis correspectiuis, hoc est pro contractibus innominatis ante implementum oriatur naturalis obligatio; De his enim adhuc magis quàm de simplicibus dubitarunt, quia videbant in ipsis dari pœnitentiam l. si pecuniam. ff. de condict. ob caus. quæ res videtur esse obligationi contraria. Tertio & illud quęritur nunquid antiquitus pro his ipsis conuentionibus correspectiuis manus Regiæ auxilium præstaretur. Quæ omnes quęstiones cum simul ita connexę sint, vt mutuo egeant auxilio, nec rectè vna sine altera explicari possit, nos ne frustra in singulis seorsum examinandis legentium animos defatigaremus, hunc ordinem seruare decreuimus. Exponemus primò quid sentiant frequentius interpretes & quantum ad manum Regiam, & quantum ad natutalem obligationem . Deinde nonnullas proponemus difficultates quę ex communibus traditionibus oriuntur, quęq; ab ijs qui nostrorum interpretum vestigia sequi voluerint, rectè nunquam dissolui poterunt. Postremò his de rebus omnibus sententiam nostram afferemus. Quod attinet ad primum, summa hęc est eorum quæ nostri interpretes in hac fermè tota materia frequentiori calculo recipiunt. Considerant ipsi duplicem reperiri naturalem obligationem , quarum alteram fatentur (vt hodiè est) ita iure gentium inefficacem fuisse , de altera

ra verò dubitant. Inefficacem & hodie esse, & olim fuisse fatentur obligationem qua naturę instinctu tenemur parem gratiã referre iuxta l. sed etsi lege §. cõsuluit. ff. de petit. hæred. l. si verò non remunerandi §. inde papinianus in fine. ff. mand. l. si ex testamen to. §. 1. vbi Accurs. & Bar. ff. de fideiuss. Hæc enim naturæ vis monet nos quidem, atq; hortatur, sed nulla neq; actionis, neq; exceptionis necessitate adstringit, vt benefacientibus benefaciamus d. l. sed & si lege. §. consuluit. ff. de petit. hæred. Altera verò de
5 cuius efficacia dubitatur, est obligatio illa naturalis quæ nascitur ex æquitate fidei seruandæ, cum quis alteri fidem suam promittit. Hanc dicunt oriri ex sola promissione, & ex solo pacto nudo (nudum in pręsentia accipimus, vt & ipsi accipiunt, quod non transit in proprium nomen contractus) Idq; probant nonnullis legibus quas nunc simpliciter referemus, postea in generali totius quæstionis explicatione eas accuratius explicabimus. Probant hoc primò ex l. 1. ff. de pact. quo loci ait Vlp. nihil tàm cõsonũ esse fidei humanæ, quàm fidẽ datã seruari. Secundo ex l. cum amplius §. is natura debet. ff. de reg. iu. Is natura debet (inquit tibi Paulus) quem iure gentium dare oportet cuius fidem sequuti sumus. Quoties verò rem quampiam nobis aliquis promisit, eius fidem sequuti videmur, vnde sequitur vt is natura teneatur. Tertiò ea ratione mouentur, quia pactum nudum dissoluit naturalem obligationem l. stichum. §. naturalis. ff. de solut. quare & pacto nudo naturalẽ obligationem induci concedendum est; nemo est enim quem prætereat eodem modo vnumquodq; tolli quo inductum est l. prout quisq;. ff. de solut. l. Nihil tàm naturale. ff. de reg. iur. Qui verò effectus ex hac naturali obliga-
6 tione proficiscantur, declarat Bart. in l. ex hoc iure. ff. de iust. & iu. ait enim hæc ipsa pacta quæ non transeunt in proprium nomen contractus, siquidem certa lege comprobata sint, eiusmodi parere obligationem quę etiam ad agendum efficax sit, vt docet Paulus in l. legitima. ff. de pact. cum inquit. Legitima conuentio est quę aliqua lege confirmatur, Et ideò interdum ex pacto actio nascitur, vel tollitur, quoties lege vel S.C.
7 adiuuatur. Legitimę conuentionis ea nos possumus afferre exempla, veluti cum pacto nudo aliquid donatur; vel dotis aut pignoris causa quid promittitur; aut pecunia prius debita constituitur nulla tñ verborum, solẽnitate interueniente l. Ad exactionem C. de dotis promiss. l. si quis argentum C. de donat. l. 1. ff. de pign. act. vt toto tit. ff. & C. de constit. pecun. Quoties verò pactum nulla lege, aut S.C. constitutione ue aliqua comprobatur, tunc sentiunt naturalem obligationem, quæ ex tali pacto, seu conuentione oritur, ad petendum quidem efficacem non esse, sed ex ea tres effectus oriri; Et primò exceptionem retentionis; Fac mihi solutum fuisse aliquid quod nudo pacto
8 deberetur, potero ego certe illud retinere, nec poterit is qui soluit tãquam indebitum condicere, hoc .n. si faciat, repelletur exceptione ar. l. si quod dominus. ff. de condict. indeb. quæ lex cum generaliter loquatur ita accipienda erit, vt etiam promissionem nudo pacto factam complectatur: Secundo fatentur oriri exceptionem compensationis, cui tunc locus est, cum tibi petenti ex alia causa illud obijcio quod mihi nudo pacto anteà promiseras, petoque vt debitum debito compenses vt l. etiam ff. de compens. Quanquam illa lex non tàm de eo loquitur qui nudo pacto erat obligatus, quam simpliciter de quacunque naturali obligatione. Tertia est exceptio pacti de non petendo, & hæc contra illum intenditur qui promisit non petere, ac postea petit. Has porrò exceptiones generatim omnes spectasse Vlpianum credibile est, cum in l. iurisgentium. §. igitur nuda. ff. de pact.

G 2 simpliciter

ſimpliciter dicit nudam pactionem non actionem producere, ſed exceptionem. Neq; verò tantùm oriuntur tales exceptiones ex pacto, atq; conſenſu, ſed aliunde etiam, quo ties ex alio fonte quã ex cõſenſu naturalis æquitatis ratio deſumitur; vt ex eo ne quis lo cupletetur cùm aliena iactura. l. Nam hoc natura iuncta l. prçcedenti. ff. de condict. indeb. Qua de re videndus eſt Bart. in l. Frater à fratre nu. 29. & in l. Iulianus nu. 26 & 27. eod. tit. de condict. indeb. Verè tamen iſtæ exceptiones multo frequentius ex pactis oriuntur; ſicq; pacta nuda quæ nulla lege adiuuantur in hoc tantum volunt Doct. eſſe efficacia quòd exceptionem pariant, nã quantum ad agendũ nullam eorũ efficaciam eſſe perſpicuum eſt, d. §. igitur nuda l. iuriſgentium. ff. de pact. Atq; hçc omnia ex ijs quas nunc habemus ciuilibus legibus eliciunt. Quid verò iure gentium ante conditas leges ciuiles ſeruaretur in his conuentionibus, quę non tranſeunt in propriũ nomen contractus, & an ad petendum efficaces eſſent, ita vt pro illis præſtaretur manus Regia, maxima apud ipſos interpretes controuerſia eſt; Communis ſententia eſt affirmatiua, in qua ſunt Bald. nouellus hìc, Soc. Rip. & cæteri etiam vbiq; tùm antiquiores tùm recentiores, præter nonnullos quos paulo poſt referemus. Hanc opinionẽ qui tuentur, mouẽtur ex eo quia pactũ, quãuis nudũ, iure Pontificio ad agendũ valere exiſti mant, idq; probant ex c. 1. extra de pact. vbi ex Concilio Aphricano leguntur hæc verba Antigonus epiſcopus dicit & infra, Aut inita pacta ſuam obtineant firmitatem, aut " conuentus, ſi ſe non conhibuerit, eccleſiaſticam ſentiat diſciplinam Dixerunt vniuerſi, " pax ſeruetur, & pacta cuſtodiantur. Si ergo iure Pontificio pacta nuda efficacia fuiſſe " ponamus, idem iure gentium fuiſſe concedendum erit; id enim maxime agunt Pontifices vt ſeruetur æquitas iuriſgentium c. dilecti extra de iudic. Præterea ex eo quoque argumentantur hìc quidam recentiores, quia cùm ex pactis nudis oriatur naturalis obligatio (id quod fermè omnes vt compertiſſimum ponunt) iniuſtiſſimi fuiſſent Reges, ſi hanc obligationem irritam eſſe voluiſſent, ac non pro ea manus Regię auxilium fuiſſent impertiti. Quod tamen credendum non eſt, cum imò potius pro iuſtitia principis prçſumatur c. cum noſtris. de conceſſ. prçb. c. eſtote miſericordes. extra de reg. iu. Verùm hæc duo argumenta facile tolluntur vno Prætoris exemplo, qui ope exceptionis tantùm vult ſeruari pacta, ac quantum ad actionem ea irrita relinquit; neque ob id tamen prætorem vt iniuſtum quiſquam damnabit, quem paſſim iuriſconſulti vt æquitatis cuſtodẽ, ac propugnatorem maximè commendãt, iuxta l. quod Epheſi. ff. de eo quod cert. loco. Ex hoc tolli poteſt quod primò dicebatur iure Pontificio, quo ſerua tur æquitas iuriſgentium, pacta nuda cuſtodiri d. c. 1. extra de pactis, Nam & prætor pacta ſe ſeruaturum pollicetur, & tamẽ pacta iure prętorio ad agendum efficacia nõ ſunt. Quare verba quoque illa, ſuam obtineant firmitatem, quæ leguntur in d. c. 1. extra de pact. ita accipi poterunt, vt pacta eandem obtineant firmitatem, quam iure prætorio obtinebant; Vel ſi ita accipiantur (quod verè mihi magis arridet) vt etiam quoad agendũ pacta firmitatẽ obtineant, intelligemus de ijs pactis quæ alias iure valebant, clarum eſt enim ijs verbis nihil nouum induci, cum veriſimile non ſit tàm ieiunè, ac quaſi prætereundo ea omnia corrigi quæ de pactorum uiribus iure ciuili conſtituta erant. Hinc etiam tollitur argumentum quod ſecundo loco afferrebatur; neque enim magis Princeps, quam Prætor hac in re iniuſtitię nomine argui poterit; & tamen Prętor pro pactis nudis actionem non concedit. Imò facile poteſt hoc argumentum retorqueri, nam ſi fatentur omnes prætorem habere ante oculos ęquitatem iuriſgen-

tium,

Margin numbers: 9 (beside "ties ex alio fonte"), 10 (beside "Regia, maxima"), 11 (beside "ob id tamen"), 12 (beside "Quare verba").

tium, cum nihilominus perſpicuum ſit iure prætorio pacta nuda ad petendum nihil prodeſſe, eodem modo non abſurdè dici poterit, etiam iure gentium pacta ad petendũ fuiſſe inefficacia; Qua ratione, alijſq; ſimilibus adducti nonnulli à communi ſententia
13 receſſerunt, ac potius negatiuam amplexi ſunt, Alex. in l. iuriſgentium. §. ſed cum nulla in fine. ff. de pact. Ruinus, & Alciatus hìc, Purpuratus in l. Legem C. de pact. ſed tamen affirmatiua (vt diximus) communiori calculo recepta eſt. Hæc ſunt quæ de conuentio nibus nudis noſtri interpretes tradunt. Quod attinet verò ad correſpectiuas dubitant primò nunquid pro hac ipſa naturali obligatione (ſi ex conuentionibus correſpectiuis illam oriri concedamus) iure gentium manus Regia pręſtaretur. Naturalem obligatio-
14 nem oriri tradunt Accurſ. & alij in l. Petens C. de pact. & hæc opinio frequentius recepta eſt, vt Socin. hìc animaduertit num. 8. & Ripa num. 41. licet contrarium ſentiat Bald. in l. petens C. de pactis. Ea verò potiſſimum ratio eſt qua communem hanc ſententiam defendunt, quia ſi conuentio ſimplex producit naturalem obligationem etiã de correſpectiua idẽ affirmandum eſt; ſiquidem hoc ipſum quod correſpectiua ſit, non eſt impedimento, quominus oriatur obligatio; cum etiam emptio, venditio, locatio, conductio, correſpectiuę ſint, & tamen iure gentium obligationem pariant. Nec quicquam eos mouet, quod eiuſmodi conuentiones veſtitæ ſint, quoniam dicunt æqui tatem iuriſgentium hæc non noſſe veſtimenta, Ideoque ſatis eſſe quod probatum ſit, hac ipſa qualitate quod conuentiones correſpectiuę ſint, naturalem obligationem nõ impediri: Adducunt inſuper l. iuriſgentium in princ. verſ. ſed etſi. ff. de pact. quo lo-
15 ci ait Vlp. ſi tibi aliquid dedi vt tu mihi contra aliud des vel facias, oriri ciuilem obligationem, ſicq; videtur apertè ſentire anteaquam quicquam datum eſſet, vllumue implementum interceſſiſſet, fuiſſe ortam naturalem obligationem, cum præter ciuilem (vt efficax oriatur actio) naturalem quoque obligationem adeſſe ſit neceſſarium; Et quanuis ad hoc argumentum reſpondeat hìc Socin. exiſtimat tamen illud plurimum vrgere; ideoque a communi opinione non recedit, ac demùm ipſe quoque concludit, ex conuentionibus correſpectiuis naturalem obligationem oriri. Adhibet tamen ipſe Socin. quandã declarationẽ, quam & alij poſteà frequentius probarunt; Ait
16 enim naturalem hanc obligationem in cõuentionibus correſpectiuis debiliorem eſſe, cum reciproca ſit, & à neutra parte per ſe ſubſiſtat, ſed vtrinque aliud quippiam reſpiciat, Idq; impedimento eſſe quominus effectus illos producat, nimirum retentionis & compenſationis, qui ex naturali obligatione oriri ſolent; non ſecus ac ſoleat in nobis ipſis debilitas, & ægritudo ipſius corporis operationes impedire. Fecit autem hęc cau-
17 ſa, vt de his magis, quàm de ſimplicibus conuentionibus fuerit hoc dubitatum, nunquid ſcilicet pro ipſis iure gentium manus Regia pręſtaretur. Nam cum ſint debiliores, atque ob id non pariant exceptionẽ, ſed pœnitentiam admittant, pugnaſſent ſimul hęc duo, potuiſſe promiſſorem pœnitentia ductum propoſitum ſuum reuocare, Et me nihilominus cui fuerat promiſſum, ad promiſſionem implendam compellere illum potuiſ-
18 ſe. Eam verò inter pactum ſimplex, & reciprocas illas conuentiones, ſiue contractus innominatos ante implementum, diuerſitatis rationem aſſignat Socinus, quia ex ſimplici pacto pura, et ſimplex oritur naturalis obligatio, ineſtque illi ſimpliciter æquitas ſeruandæ fidei, iuxta l. 1. ff. de pact. Ex contractibus verò innominatis quę oritur naturalis obligatio, ea nõ ſimplex, ſed correſpectiua eſt; in ijs enim cum tibi aliquid promitto, non promitto ſimpliciter, ſed vt tu contra aliquid des, vel facias. Anteaquam

igitur

igitur impleam ego pro parte mea, quoniam non adhuc seruaui quod promiseram, nulla æquitatis ratio postulat, vt tu contra mihi fidem seruare compellaris; quin potius contrarium æquius videtur, vt quandiù à me tibi satisfactum non fuerit, tu quoque ab 9
omni promissionis vinculo sis solutus, ar. l. qui fidem .ff. de transact. l. Ædiles in fine vbi Accurs. ff. de ędil. edict. l. cum proponas 2. C. de pactis Vnde etiam Socin. Iun. hìc num. 92. & Marcellus Berengutius col. 2. hanc negatiuam opinionem magis probant. Sed tamen contrariam sententiam cęteri interpretes communiori calculo recipiunt, vt Bald. Nouellus hìc, quem sequuntur Ripa, Crotus, Galiaula, & Leonius, eamq; defendit Fortunius Garzia in l. iurisgentium in princ. ff. de pact. Ad illud quod de pœnitentia afferrebatur, respondet hìc Ripa num. 42. esse quidem locum pœnitentiæ in specto iure, ciuili, quod ius conuentiones nudas haudquaquam probat, sed nos de iure gentium loqui, & de iure Pontificio, quibus iuribus etiam naturalem tantùm obligationem seruari receptius est. Parum quoque existimat Ripa mouere illud nos debere, quod secundo loco dicebatur, non simplicem, sed correspectiuam tantùm æquitatem adesse, quæ fidem datam seruari postulet, cum nulla planè ratio sit, cur si paratus ego fuero illud implere quod tibi promiserim, nõ debeam à te inuicem impetrare, vt datam mihi fidem obserues, Siquidem hac mea oblatione totum illud tollitur in quo talis conuentio tanquam correspectiua debilior dici poterat. Itaque cessat ratio illa impedimenti quam considerat Dioclet. in l. cum proponas 2. C. de pact. Hæc est summa eorum quę de nudis conuentionibus tàm simplicibus, quàm correspectiuis nostri interpretes concludunt; Nos enim potiores rationes tetigimus quibus ipsi singulas conclusiones probãt, consultò alia prætereuntes quæ ab ipsis afferuntur, ne in ijs recensendis inanem operam sumeremus. At neque his quæ diximus (vt opinor) illi acquiescent qui aliquanto perspicaciores erunt, & hanc rem totam aliquanto attentius considerabunt, quemadmodum subtilis Fulgosius non acquiescit. Quanuis enim ipse veritatem nulla ex parte, iudicio meo, fuerit assequutus, difficultates tamen quę hac in re maximæ insunt, nequaquam illum latuerunt; Vnde in l. si pecuniam .ff. de condict.
ob caus. ait se in hac materia pruritum maximum sentire, atque ibidem subijcit eam 10
difficilẽ admodum esse, ideo q; subtilium, ac speculantium hominum ingenijs maximè conuenire.

ARGVM.

EXcommunibus sententijs varias oriri difficultates, inter quas potissimam illam esse, quod non satis constare posse videtur, vnum ex nudo pacto oriatur vel non oriatur naturalis obligatio; cum neutra pars videatur recipi posse quin ex ea multa sequantur, quæ absurdissima sunt.

1 Multis legibus, & rationibus videtur probari posse ex nudo pacto non oriri naturalem obligationem.

2 Est interdum cum fideiussor non obligetur ad illud quod nudo pacto promiserat is quo intercedit.

3 Non facilè concedendum, vt id exigat ratio naturalis, quod lex ciuilis irritum esse patiatur.

4 Leges ciuiles ideò inuentæ, vt ius tuum naturæ saluum sit.

5 Vbi desit animus obligandi, ibi quoque æquitatis vinculum deesse necesse est.

6 Durissimum illud est, cur Prætor ex pacto nudo agi posse non concedat, si demus ex eo naturalem obligationem oriri.

7 Declaratio edicti de pactis ex Socino.

8 Datur actio ex pacto nudo, quoties alioqui

CBPVT. VIIII.

QVocirca nos quoque difficultates nonnullas ante omnia duximus proponendas, vt cum deinde hac in re tota sententiam nostram aperuerimus, ex prædictarum difficultatum explicatione intelligi possit, sint ne ea quæ a nobis tradita fuerint, veritati vndequaque consentanea. Ac ne sine certo ordine in his proponẽdis difficultatibus progrediamur; Dubitabimus primò circa naturalem obligationem, quam ex simplicibus conuentionibus oriri tradunt; Deinde ad conuentiones correspectiuas deueniemus; Postremò in aliis etiam materijs præter materiam conuentionum naturalem ipsam obligationem considerabimus, atque in iis quoque materijs non contemnendas difficultates reperiemus; Quod attinet ad conuentiones simplices, difficul
1 tatem in ijs maximam faciunt multę leges, & rationes quibus videtur apertissimè probari, ex nudis cõuentionibus nõ oriri naturalẽ obligationem, contra id quod interpretes ferè omnes constantissimè affirmant; Cuius difficultatis euitandę gratia si ab hac sententia communi, & affirmatiua recedamus, in contraria sententia parum tutum prę sidium reperiemus; siquidem ibi quoque scopulos complures reperiemus, quemadmodũ posteà videbimus. Itaq; ex nudis conuentionibus nullã obligationẽ nõ modo ciuilẽ, sed nec naturalẽ oriri, primò probatr hac ratione. Vbi naturalis adest obligatio ibi rectè fideiussor accedit, l. fideiussor. §. fideiussor .ff. de fideiuss. l. stichũ. §. naturalis. ff. de
2 solut. At quod fuerit aliquid nudo, simpliciq; pacto promissum, nõ satis est vt ibi possit fideiussor accedere, vt statim demõstrabimus, ergo concedendum est vbi nudo pacto promissum aliquid fuerit, ibi non oriri naturalẽ obligationẽ. Assumptum huius argumenti probatur ex l. si pro eo. §. si nummos .ff. de fideiuss. Si nummos alienos quasi tuos mutuo dederis sine stipulatione, nec fideiussorem teneri Pomponius ait. Cum solam stipulationem excludat Pomponius, non certè excludit eam spetiem, cum de nummis restituendis pactum intercessit, Imò semper vel tacitè, vel expressim pactum interuenire necesse est, cum dãtur nummi eo animo, vt restituantur. Quare sententia Pomponij hoc modo erit accipienda. Dedi tibi alienos nummos, quos pactus sum mihi restitui,

stitui, nulla tamen verborum adhibita solemnitate, atque ea de re fideiussorem accepi; Existimat Pomponius fideiussorem non teneri, & iccircò nullam ex eo pacto ortam esse naturalem obligationem, qua fideiussoris obligatio inniti possit. Atqui certè de solo ibi pacto poterat dubitari; Siquidem ex mutuo non esse ortam obligationem perspicuum erat, cum alieni nummi dati fuisse proponantur, Et propterea eorum dominium in accipientem translatum non fuerit, id quod in mutuo est necessarium l. 2. §. appellata. ff. si cert. pet. Secundò contra cōmunem sententiā illud maximè vrget, quia cū volunt interpretes ex nudo pacto oriri naturalē obligationem, & illā quidem eiusmodi, quæ olim iuregentiū efficax ad petendum esset, ac manus Regiæ præsidio muniretur, illud quoque concedant necesse est, naturalis æquitatis rationem postulare, vt illud prę stetur quod vel nudo pacto promissum est. Quod cum ita se habeat operæpretium esset ab ijs quærere, qui tuentur communem opinionem, cur ius ciuile irritam esse patiatur hanc naturalem obligationem, quàm ex nudo pacto oriri statuunt; Et cur hac in re legum ciuilium conditores id sibi in animum induxerint, vt à rationis pręscripto recederēt, ac naturali æquitati aduersarentur. Neminem .n. futurum puto solidum virum, & intelligentem qui non hoc quammaximè absurdum sit iudicaturus; cum hac potissimum de causa fuerint inuentæ leges ciuiles, atque in hoc vno maximè elaborent, vt naturæ ius suum saluum sit, & quod æquitas naturalis præcipit, inuiolatè custodiatur vt in libro de lege, iure, & ęquitate plenissimè à nobis demonstratum fuit. Dicet fortasse quispiam, ideò legum ciuilium conditores non fecisse efficacem naturalem obligationem, quæ oritur ex pacto nudo, quia cum iure ciuili extet verborum solemnitas qua potuissent qui contrahunt pactum nudum vestire, atque ea ratione efficacius conuenire, quoties ipsi hoc neglecto præsidio, nudo pacto potius conueniūt, non videntur eo animo promisisse vt fidem suam prorsus adstringerent. Sed aduertendum est hac ratione non modò non defendi communem sententiam, sed potius maximè oppugnari; Nam si dicis propter omissam stipulationē deesse animum obligandi, consequens est vt naturalem quoque æquitatem quæ ex consensu oritur, deesse fatearis; qua æquitate sublata nihil reliquum est, in quo naturalis obligatio inniti possit, ar. in l. stichum. §. Naturalis. ff. de solut. Sicque concluditur ex pacto nudo non oriri naturalem obligationem, contra quàm frequentius receptum sit. Accedit præterea quod si ante inuentā stipulationē (quemadmodū cōceditur) pactū nudum satis per se fuisset, vt ex eo animus deliberatus promittentis colligi posset, nihil fuisset necesse eam ob causam stipulationis remedium inuenire; Præterquam quod cogeremur hoc modo fateri stipulationem non ad firmandas, sed ad infirmandas potius conuentiones inuentam fuisse. Itaq; concludamus nullam esse rationem, cur naturalis obligatio, quam ex pacto nudo oriri statuunt, à legibus ciuilibus negligi, atque inefficax relinqui debuerit; Fac verò leges ciuiles hac in re à naturali ęquitate recessisse, at quam rationem assignabis, cur non saltem amplexus illam fuerit Prętor, quem ferunt semper naturalem rationem præ oculis habere l. quod Ephesi. ff. de eo quod cer. lo. Quocirca ipse saltem debuisset illum audire qui quod nudo pacto promissum est prę stari sibi postulat, At hoc non facit Prætor quippe qui ex nudo pacto non actionem, sed exceptionem tantùm concedit l. iurisgentium. §. Igitur nuda. ff. de pact. l. si creditori C. eo. Vident probè ipsi quoque interpretes hoc obiectum plurimum vrgere, eiq; certatim, sed frustra iudicio meo, respōdere conantur. Respondet Socinus, & negat edicto Prętoris contineri hanc distinctio- 7

nem

nem inter actionẽ,& exceptionẽ,vt pro nudis cõuentionibus exceptio potius,quã actio cõpetat; Neq;.n.quicq̃ esse,vnde hoc elici possit, cùm Prætor simpliciter edictũ proponat quo pollicetur se pacta seruaturũ. Verũ existimat posteà iuriscõsultos dũ simul & ius ciuile, & Prętorũ edicta studerent conciliare,ita hoc edictũ fuisse interpretatos,vt voluerit Prętor ex iuris ciuilis tantũ præscripto, ac non alio modo pacta nuda seruare. At nemo non videt quã absurdũ hoc sit, & ab omni alienum ratione, vt Vlp. edictum prætoris explicaturus eã attulerit interpretationẽ,quæ Prętoris sententiæ non responderet,ita vt ciuiles potius leges,quã ipsius prætoris sensum inspexerit;Eòq; maximè quia cùm ius prætoriũ nõ tantũ adiuãdi, sed etiã corrigẽdi iuris ciuilis gratia fuerit adinuentũ l.ius ciuile. §. ius prętoriũ.ff. de iust.&iur. nihil fuit necesse prętorũ edicta cũ ciuilibus legibus cõciliare; Imò enim persæpè à regulis iuris ciuilis recedit ius prętoriũ, id quod uidemus fieri in bonorũ poss. contra tabulas quæ cõpetit emancipato. Quare alio modò respondet Crotus,aitq; id causæ fuisse,cur Prætor quantũ ad pacta nuda nihil ex iure ciuili cẽsuerit immutandũ,quia quanuis pacta nuda ad petendũ inefficacia sint, nemini tamen ex ea re fraus vlla fit; Nã lucrũ quidẽ creditor amittit,quod ex ꝓmissione facturus erat, sed nullũ inde patitur damnũ.Quod si damnũ forte aliquod alioquin passurus esset, ex
8 pacto quantũuis nudo daretur actio, vt liquidò probatur ex l. elegãter.§. seruus pactionis.ff.de dolo;qua lege ait ibi Bart. totã pacti nudi materiam limitari. At hęc quoq; respõsio friuola, est nã si dam⁹ prętorẽ qui omnibus in rebus æquitatẽ iurisgentiũ sibi spectandã proponit,non putasse compellendũ debitorem ad fidem pręstandam quę nudo pacto data fuerit, idq; ob eam rationẽ quod nullam inde fraudẽ creditor passurus sit; Eadem hac de causa non debuerunt antiqui illi Reges eũ ad soluendũ cõpellere,qui nudo pacto promiserat; Cum ipsi quoq; eundem sibi scopũ proponerent, vt ex pręscripto naturalis rationis iudicarent. Quare aut fateris æquitatem id postulare, vt ex nudo pacto efficax petitio sit,aut verò negas.Si hoc fateris, tùm nos instamus nõ debuisse prętorem ab hac æquitate recedere; si negas id postulare æquitatem, negandum est pariter ex nudo pacto oriri naturalẽ obligationem, cuius nullũ aliud pręterq̃ æquitatis fundamentum est,l. stichum.§. Naturalis. ff. de solut.Sunt qui respondeant alio modo, ac
9 falsum illud esse affirment,quod passim omnes recipiunt, iure prętorio non nisi in modum exceptionis pacta nuda seruari,quia cum absolutè prętor pacta seruaturum se pol liceatur l. Iurisgentiũ.§. prętor ait.ff. de pact. non videntur ipsius verba illam tàm violentam restrictionem pati posse,vt ad exceptionẽ tantũ referantur; Eòq; pręsertim quia verè tunc dicitur prętor conuentionẽ aliquã tueri,atq; seruare,cum ex ea dat non tantũ exceptionem, sed etiam actionem; & ita interpretatur Paulus in l. inter coherędes. §. 1. ff. famil. hercisc. si familię (inquit) herciscundę, vel cõmuni diuidundo actum sit, ad « iudicationes prętor tuetur exceptiones,aut actiones dando. Possunt etiam adhoc per- « pendi verba Vlp.in l.1.ff. de pact. vbi illius edicti de pactis naturalem esse æquitatem eo probat argumento, vt dicat nihil tàm congruum esse fidei humanę quã ea seruari,quæ inter aliquos placuerunt. At certè non seruarentur, si is cui nudo pacto promissum fuit
10 non agere, sed excipere tantũ posset. Nos tamẽ, si veritatẽ amamus, nullo modo debemus inficiari,quin pacta nuda ad petendũ inefficacia sint;Hoc enim apertissimè probāt
11 illę leges omnes, quę dicũt absurdũ esse ex nudo pacto,seu nudo cõsensu actionẽ oriri,vt l. iurisgentiũ.§. quinimò & .§.vt puta.ff.de pact. l. 1.§. permutatio.ff.de rerũ permutat. Maximèq; etiã hoc cõfirmatur ex eo quia in d.l.iurisgentiũ, & in aliis omnibus legibus illius tituli nullo alio modo cõsiderãtur pacta nuda,nisi quatenus exceptionẽ producũt

H Et

Et quanuis in l. Legitima. ff. de pact. secus disponatur in pactis nudis, quæ lege, vel S.C.
adiuuantur, hoc tamen non aduersatur huic sententiæ, imò illam maximè confirmat.
Nam cum dicat ibi Paulus interdùm ex pacto oriri actionem, quoties lege, plebiscito,
vel S. C. adiuuatur, apertè in hoc ostendit pactum nudum alioquin ad agendum nihil
prodesse, sed tantùm ad excipiendum, vt disertè tradit ipse Vlp. in d. l. iurisgentium. §.
igitur nuda. illo tit. de pact. Negari non potest quin hæ rationes omnes maximi momē
ti sint, quarũ vitandarũ gratia tutius quis forsan existimabit sententiam negatiuam am-
plecti, vt dicat ex nudo pacto neq; etiã naturalem oriri obligationem. In hac opinione 12
fuit Petrus Bellaper. quem refert hìc Torni. nu. 26. Eandéq; sequutus est Franc. Con.
lib. 1. comment. iu. ciu. cap. 1. nu. 5. Ac præter leges paulò ante adductas, quæ absolu
te negant ex nudo pacto oriri obligationem, mouetur etiã Petrus ex l. si vnus. §. pactus
ne peteret. ff. de pact. quo loci Paulus à stipulationibus pacta ita disiungit, vt dicat in sti
pulationibus ius contineri, in pactis verò nudum factũ versari; Quod cũ ita sit, rectè ex
hoc videtur inferri pactis nullam inesse obligationem, cùm obligatio non facti sed iuris
sit, vt ex ipsius definitione apertissimè constat. Et secundum hanc interpretationē pos-
semus illam l. 1. ff. de pact. ita intelligere, vt dicat æquũ esse pacta seruari eo modo quo
prętor illa seruari iubet, hoc est excipiendo, non agendo. Et hoc modo non probabũt
verba illius legis pacta nuda tantum æquitatis habere, quantum ad naturalē obligatio-
nem inducendam satis esse possit. Neq; huic sententiæ aduersabitur quod tradit Paulus 13
in l. cum amplius §. Is natura debet. ff. de reg. iur. natura eũ debere, quem iure gen-
tiũ dare oportet, cuius fidem sequuti sumus; nam respondet ad hoc Franc. Connanus,
non semper posse nos dici illius fidem sequutos, à quo nobis aliquid promissum sit, sed
ita demũ cum ab eo persuasi tantam eius dictis fidē habuimus, vt damnosum nobis fu
turũ sit, nisi ea fiant quæ promissa fuerunt. Verũ si quid nudo pacto, ac sine vllo titulo
nobis ab aliquo promissum sit, quanuis eius verbis persuasi damnũ aliquod passi fueri-
mus, tamen nõ tã ipse in culpa est, qui vanitatē adhibuit promissionis, quã nos ipsi quĩ
ci simpliciter, ac nulla de causa pollicenti temere credidimus; Sæpenumero enim eius-
modi promissiones leuiter, ac parũ consideratè in vulgus iactantur, sæpèq; etiã ab osten
tatione potius, quàm à voluntate proficiscuntur. Quare promissorē semper ad præsta- 14
tionē vrgere, nihil aliud esset, quã alienis fortunis verborũ plagas intendere, in quas (vt
ipse Con. inquit) non satis prudentes, & callidi homines inciderent. Hoc verò non pa-
titur æquitas, quę uerborum potius quã factorum ponderibus examinanda est. Ac tan
tò etiã magis hoc uidetur absurdũ, quia si exigerentur promissa omnia, & ad necessita-
tem redigerentur obligationis, nihil cuiusq; liberalitati, & honestati relinqueretur, nul-
lum inter constantes, ac leues, inter ingenuos, & uersutos discrimen esset, ac nihil de-
niq; esset, in quo cuiusq; iustitia, probitas, & cõstantia elucere posset. Erũt multi fortasse,
qui his rationibus assentiant, ac recepta hac sententia negatiua difficultates omnes pla-
nè sublatas esse existiment. At longè isti secus rē sese habere postmodò cõperient; Si qui-
dem hìc quoq; multos scopulos offendent, quos nullo modo euitare poterunt. Vt. n.
leges omnes omittam quę pro communi sententia adducuntur, scilicet l. 1. ff. de pact. l.
cũ amplius. §. is natura debet. ff. de reg. iu. quibus rectè responderi non posse iã demõ
strauimus, aliæ leges, & rationes mihi occurrunt, quæ multò etiã uehemētius mihi urge 15
re uidētur. Et primò urget illud maximè quod tradit Vlp. in l. in ijs. §. Imperator. ff. de
solut. ubi dum naturalis obligationis exemplum affert, eam potissimũ nobis proponit,
" quæ oritur ex pacto nudo. Puta (inquit) quædam earum ex stipulatione quædam ex

pacto

pacto naturaliter debebantur. Nec dicas ibi loqui Vlp. de vſuris in quibus pręcipuum eſt, vt non niſi ex ſtipulatione debeantur l. pen. ff. de præſcript. ver. ſiquidem non magis hac de cauſa, imò verò fortaſſe minus deberet oriri obligatio naturalis, & tamen uidemus illam ibi oriri ex pacto nudo. Præterea contra ſententiam Perticenſis vrget plu
16 rimum hęc ratio, nam cum aduerſus eum qui nudo pacto promiſit exceptio obſtet. l. iuriſgentium. §. igitur nuda. ff. de pact. neceſſe eſt ſubeſſe aliquam obligationem, ex qua hæc exceptio oriatur. Conatur ad hoc reſpondere Franc. Con. lib. vlt. cap.1. aitq; quoties ex nudo pacto oritur exceptio, ſemper vel traditionem interuenire, vel extare aliquem contractum, cui pactum ineſſe dicatur l. iuriſgentium. §. quinimò. ff. de pact. ac propterea exceptionem non nudo pacto, ſed vel traditioni, vel pręcedenti contractui tribuendam eſſe; A qua reſponſione non multū videtur Hier. Tor. abhorrere dùm ait hìc in 1. col. naturalem obligationem conſiderari non poſſe, niſi ſit agnita à debitore, vel traditione, vel alio ſimili modo. Quæ tamen reſponſio mihi haudquaq̃ videtur recipienda, nam videbimus interdum oriri exceptionem ex nudo pacto, licet neq; inter
17 ceſſerit traditio, neq; vllus contractus pręceſſerit vt in l. ſi cum fundum. ff. de pact. Si cū "fundum poſſidens (inquit ibi Proculus) conueniſſet mihi tecum, vt eius poſſeſſionem "Titio traderes, vendicantem eum fundum à te, non aliter conuentionis exceptione ex- "cludi debere, quam ſi aut iam tradidiſſes, aut conueniſſet mihi tecum, vt tu traderes. Fundum ego tuum cùm poſſiderem conuenit inter nos, ne tu eum à me peteres, ſed "ego Tytio ipſum traderem; Idq; cauſa mea factum eſt, cum mea forſan intereſſet Tytio potius illum tradere, quàm tibi reſtituere; Ex hac porrò ſola conuentione ait Proculus aduerſus te vendicantem pacti exceptionem mihi competere, cùm tamen neq; vlli contractui inſit hæc conuentio, neq; in ea traditio vlla interuenerit. Nec ſanè puto dubitandum eſſe, quin etiam cùm præcedit contractus, ac poſteà nudum pactum ſubſequitur, exceptio quę inde oritur nudo pacto potius, quàm contractui tribuenda ſit; Nam ſatis
18 conſtat nudū pactum ex interuallo appoſitum ex parte actoris contractui non ineſſe, vt ſi præter id quod mihi in contractu promiſſum fuerat, rurſus aliud aliquid nudo pacto promittatur l. iuriſgentium. §. quinimò. ff. de pact. & tamen nemo negabit, quin mihi ex hoc ipſo pacto exceptio competat aduerſus eum, qui me forte ex alio cōtractu cōueniret. Nam quod traditur in d. §. quinimò. pactū ex interuallo appoſitum inefficax eſſe, non quantū ad exceptionem, ſed quantū ad actionem tantummodo procedere exiſtimandū eſt, & ita ibi Vlp. loquitur. Tertiò oriri ex nudo pacto naturalem obligatio-
19 nem, probatur hoc argumento. Vt ex conſtituto aliquid deberi incipiat, neceſſe eſt illud prius naturaliter ſaltem debitum fuiſſe l. 1. §. debitum. in illis verbis, Debitū vel natura ſufficit, & l. eum qui Epheſi. §. quod exigimus. ff. de cōſtit. pecun. At quod nudo pacto promiſſum erat, cōſtitui poteſt, ita vt ex cōſtituto deberi incipiat l. 1. in princ. ff. de cōſt. pec. ergo neceſſe eſt illud anteà ſaltem naturaliter debitum fuiſſe. Quartò nouari
20 non poteſt, quod non ſaltem naturaliter debebatur l. 1. §. illud non intereſt, ff. de nouat. Sed quod nudo pacto promiſſum eſt, nouari poteſt, ergo naturaliter hoc debitum
21 fuiſſe concedendum eſt. Quod autem diximus nouari poſſe quod nudo pacto promiſſum erat, probatur ex l. Titius. ff. de nouat. vbi donatio nudo pacto facta ex delegatione nouatur. Hinc rectè videtur inferri, nudū pactū iure gentium ita efficax fuiſſe, vt pro eo manus Regia præſtaretur. Ac demū miſſis alijs omnibus argumētis videtur mihi pro hac opinione illud maximè omniū vrgere, quod reperio ſolo iure ciuili Romanorū in-
22 ductum fuiſſe, ne ex nudo pacto actio cōpeteret, vt diſertè tradit Paulus lib. 2. receptarū

H 2 ſenten-

ſententiarum tit. 14. qui de vſuris inſcribitur; Et hoc ipſum etiam non obſcurè innuit
« Diocletianus in l. ſi tibi C. locati. Nam ſi conuentio (inquit) placiti fine ſtetit, perſpi
« cis actionem iure noſtro naſci non poſſe. Cum de iure noſtro loquatur, apertè oſtendit iure gentium pactum nudum etiam ad petendum efficax fuiſſe. Habemus igitur primam difficultatem, atque illarũ omnium potiſſimam, quæ nobis in hac tota obligationum materia ſeſe offerunt. Quandoquidem videmus planè incertum, & obſcurum eſſe, vtrum ex nudis, ſimplicibusq; conuentionibus oriatur naturalis obligatio. Premũt hinc, & inde anguſtiæ, neque vllam partem poſſumus amplecti, quin multa ſtatim occurrant, quæ prorſus abſurda ſunt, & ab omni ratione alieniſſima. Torni. hìc num. 26. 23
mediam quandam opinionem ſequutus eſt, dixitque obligationem naturalem ex pacto quidem non oriri, ſed oriri tamen ex illa promiſſione, quę pacto continetur; Idq; ea ratione fieri exiſtimat quia cum quis nudo pacto promittit, non eo animo promittit vt faciat pactum, vtque ex eo pacto tanquam ex ſua cauſa oriatur obligatio, ſed ideò promittit vt principaliter, & immediatè ex ſua promiſſione obligetur, Quare ex promiſſione, non autem ex pacto oriri obligationem concludit; Sed non multos futuros arbitror, qui hanc ſententiã recipiant, ſiquidem omnibus apertiſſimum eſt, æquitatem 24
iuriſgentium qua naturalis obligatio nititur, has non noſſe tàm ſubtiles differentias, Præterea qui nudo pacto promittit (ſi modò eorum ſentẽtiam ſequamur, qui volũt illũ obligari naturaliter) ideò certè obligatur, quia alter conſentit; neque .n. id egiſſe exiſtimandus eſt, vt etiam ſine alterius conſenſu nihilominus obligaretur; Quod ſi ex conſenſu, ergo & ex pacto obligari voluit, ar. l. 1. in princ. ff. de pact. Qui verò contrariam ſententiam defendunt, nimirum ex nudo pacto non oriri naturalem obligationem nunquam certè conceſſuri ſunt, vt quæ non oritur ex pacto naturalis obligatio, ex ſola promiſſione oriri poſſit.

ARGVM.

IN conuentionibus pariter correſpectiuis duas extare, eaſque maximas difficultates, quas ſi noſtrorum interpretum traditiones amplectamur, nullo planè modo explicare poſſimus.

1 Declaratur l. 1. §. permutatio .ff. de re permut.
2 Obligatio in potiori ſignificatione quomodo accipienda ſit.
3 Ciuilis, & naturalis obligatio ſubiecto nõ ſemper differunt.
4 Non eſt hìc tanquam clarum illud ponendum, ex ſolo conſenſu poſſe oriri naturalẽ obligationẽ, cũ de hoc dubitetur.
5 Io. Colæ de Vicariis explicatio reprobatur.
6 Conuentiones correſpectiuæ vi ſua condicionales ſunt.
7 Cõdicio eſt impedimẽto quominus oriatur obligatio.
8 Modus conuentioni adiectus non impedit obligationem.
9 Duplex differentia inter reciprocas conuentiones, & illas quæ ſub modo fiũt.
10 Duæ ſunt poſitiones in hac materia quæ maximè inter ſe videntur pugnare.
11 Falſo exiſtimat Ripa in conuentionibus correſpectiuis cõſiderari exceptiones, quæ competant contra agentem ex eodem contractu.
12 Explicatio l. iuriſgentium .§. Igitur nuda ff. de pact.
13 Actio in factum non eſt neceſſaria vbi adſit ciuilis obligatio.
14 Quod Vlp. dicit ex nuda pactione non oriri obligationem, ſed exceptionem, generaliter accipiẽdum etiam quòd pactiones correſpectiuas.
15 Eadem determinatio plura reſpiciens debet

CAPVT. X.

VT verò deinceps ad reciprocas conuentiones accedamus, quas correſpectiuas noſtri vocant, in illis quoq; maximę nobis difficultates occurrunt. Adeſt primò eadem illa difficultas quam circa conuentiones ſimplices proximè excitauimus; Nam quod communiter noſtri interpretes concludunt etiam ex reciprocis conuentionibus oriri naturalem obligationem, videtur facile improbari poſſe ijs argumentis, quæ pro parte negatiua ſuperiore capite adducta fuere; quæ quidem multò etiam fortius hìc vrgent. Præter illa verò alia duo ſunt quæ in correſpectiuis conuentionibus
1 tantùm concludunt. Primum deſumitur ex eo quod dicit Paulus in l.1.§.permutatio.ff. de rerum permut. permutationem ex re tradita initium obligationi prębere; rectè enim ex eo infertur ante rem traditam nullam ex ſimplici conuentione obligationem ortam fuiſſe. Nec quicq̃ nos moueat reſponſio Io. de Monte ſper. qui dicebat ibi obligationem in potiori ſignificatione accipiendam eſſe pro obligatione ciuili ar. l. 1. ff. ſi ager vectig. vel emphi. pet. Ideoq; non negari quin naturalis orta fuerit. Nam rectè huic re
2 ſponſioni occurrit hìc Socin. ait n. potiorem ſignificationem eſſe, vt intelligamus de naturali, & ciuili ſimul; Sicq; in dubio debere intelligi verbum hoc, obligatio, prout etiam accipit Accur. inſt. de lite. oblig. in princ. in ver. obligetur. Quare ſi intelligimus permutationẽ ex re tradita ſumere initiũ obligationis ciuilis, & naturalis, ſequetur ante implementũ nec naturalẽ, nec ciuilẽ obligationẽ ortã fuiſſe. Et multò magis hoc affirmandum erit, ſi retineamus illam opinionem, quam alibi nos docuimus, vt dica-
3 mus, quoties ſimul adſunt obligatio naturalis, ac ciuilis, nunquam ſubiecto differre ciuilem à naturali, ſed ciuilem dici propter legis ciuilis approbationẽ; Licet ſubiecto etiã interdum differant, nimirum quando ciuilis à naturali ſeiuncta eſt. Aliam reſponſionẽ ex ſententia eiuſdem Io. de Mont. ſper. affert hìc Socin. ideò non poſſe nos de natura-
4 li obligatione intelligere id quod dicit Paulus permutationem ex re tradita initium obligationi præbere, quia cum Paulus huius pronunciati eam rationem afferat, quod alioquin abſurdum eſſet, vt diceremus ex ſolo conſenſu oriri obligationem; non poteſt hoc abſurdum conſiderari quantum ad naturalem obligationem; Sed hæc quoq; reſponſio reijcienda eſt; neq; enim poſſumus conſiderare hoc abſurdum, niſi illud prius tanq̃ exploratiſſimum ſtatuamus, de quo nos diſputamus in pręſentia, nempe ex ſolo conſenſu etiam in nudis conuentionibus naturalem obligationem oriri: Eſt & alia quędam reſponſio Io. Colæ de Vicarijs iuriſconſulti tempeſtate ſua celeberrimi, quam refert hìc Marcellus Berengutius, vt non propterea dixerit Paulus permutationem ex re tradita initium obligationi præbere, quia ante traditionem naturalis obligatio non adeſſet, ſed quia licet adeſſet, tamen ex permutatione orta non erat, cum ante traditionem verè
5 permutatio nulla ſit. At nemo non videt Paulum ibi non permutationis, ſed obligationis initium conſideraſſe. Præterea cùm dicat permutationem ex re tradita &c. apertiſſi-

mè

mè ſentit iam permutationem eſſe,etiam ſi traditio nondùm interuenerit, ex quo fit, vt ſi prius orta fuiſſet obligatio, rectè ex permutatione orta dici poſſet; Parumq; illud ſuffragatur, quod ipſi dicunt permutationem,quatenus conſideratur ante implementum, non accipi pro vera, & iam perfecta permutatione, ſed pro placito de permutando, vel pro permutatione,dùm eſt in fieri;nam nihil potuiſſet ineptius facere iuriſcōſultus,quā ſi oſtenſurus quo tempore ex permutatione verè dici poſſet orta obligatio, hoc ipſo permutationis nomine, quod ſemel tantum vſurpat, fuiſſet abuſus,atque ad id tempus retuliſſet quo permutationem dici poſſe non concederet. Sic videmus nullo modo interpretes, quanuis plurimum inſudent, huiuſce argumenti vim euitare poſſe. Alterum argumentum,quod contra hanc communem ſententiam maximè vrget,nec rectè mihi videtur à Doct. tolli, eiuſmodi eſt. Conuentiones iſtę,quanuis non ſemper in modum condicionis expreſſim concipiantur, vi tamen ſua condicionales ſunt, ar. l. item quia 6
in fine.ff.de pact. At illud ſatis conſtat,ex nulla vnquam promiſſione,ſeu conuentione condicionali obligationem naſci, ne quidem naturalem anteaquam condicio impleta ſit,ar. l. ſub condicione.ff.de condict. inde. l. cedere diē.ff. de verb.ſignif. Reſpondet
Socinus contractum innominatum ante implementum, ſeu conuentionem correſpectiuam (nam vtrôque modo idem ſignificamus)non cōdicionalem eſſe,ſed modalem, 7
vt ipſe inquit; hoc eſt non condicionem, ſed modum continere, Modum verò non impedire quominus & naſcatur obligatio, & ipſius obligationis effectus ſequatur, vt probatur in toto tit. C. de ijs quæ ſub mo. & tradit Bart. in l. quibus diebus. §. Thermilius. ff. de condic. & demonſtrat vbi in contractibus idem concludendum exiſtimat, quod ibi in vltimis voluntatibus diſponit Iabolenus, vt præſtita ſatisdatione de modo implendo id quod debetur peti poſſit. Hanc reſponſionem nos audenter reijcere poſſumus; neque enim conuentionibus illis quæ ſub modo fiunt rectè comparantur reci- 8
procæ iſtæ conuentiones, de quibus nos in præſentia loquimur. Siquidem illæ pœnitentiā nō admittunt, hę verò admittunt, vt paulò poſt videbimus.Pręterea quanuis in illis ſatis ſit præſtare ſatisdationē de modo implēdo,vt actio proponi poſſit,tamē in his hoc non ſufficit, ſed neceſſe eſt eū qui vult agere, pro parte ſua prius contractū impleuiſſe. Quam differentiam diſertè tradit Bart. in d.§. Termilius. Et hęc eſt prima difficultas,quę nobis ſeſe offert in conuentionibus correſpectiuis, & quæ ſimplicibus quoque conuentionibus communis eſt, quemadmodum vidimus. Pręter hanc verò habent cōuentiones correſpectiuæ aliam difficultatē quæ nihilò minoris, quàm ſuperior facienda eſt;Ea verò orit̄ ex duabus propoſitionibus quarū vtraq; probatur legibus apertiſſimis, 9
atq; eæ tamē videtur maximè inter ſe pugnare,nec rectè à noſtris doctoribus ſimul conciliantur. Prima eſt, in cōuentionibus nudis correſpectiuis admitti pœnitentiam, vt rectè probatur in l. ſi pecuniam. ff. de condict. indeb. Reſponſiones enim omnes quas Doctores ad hanc legem accommodant,nullius momenti ſunt, vt poſteà oſtendemus. Altera eſt,ex conuentionibus nudis correſpectiuis exceptionem oriri,vt perſpicuè ſentit Vlp. in l. iuriſgentium. §. Igitur nuda. ff. de pact. de cuius etiam legis intelligentia paulò poſt plenius agemus. Quæ cum ita ſe habeāt, quid magis contrarium eſſe poteſt,quàm licere tibi pœnitēdo fidē datam reuocare,imò etiā repetere, ſiquid forte mihi ex ea cauſa ſolueris, & me exceptionis ope illud ipſum retinere poſſe? Ita enim accipiendum eſt quod ſentit Vlp. in.§. Igitur nuda.conuentiones etiam correſpectiuas parere exceptionem, vt ſi quid à me vendicetur, quod eiuſmodi conuentione aliqua pro 10

miſſum

missum erat, aut si ex alio contractu aliquid a me petatur, quominus à me illud auoce-
21 tur, exceptione tutus sum; Quanuis secus sentiat hìc Ripa num.41. qui putat intelligendum esse de exceptione, quæ datur contra agentem ex eodem contractu innominato ante implementum. Quæ sententia prorsus absurda est, cum ex contractu innominato ante implementum nulla oriatur actio l. ex placito C. de re. permutat, ac propterea neq; exceptione opus sit, quę est actionis exclusio l. 1. ff. de except. Quoniam igitur nemo non videt has duas propositiones maximè inter se pugnare, vt tu pœnitentiá ductus possis à me auocare quod soluisti, & vt ego te agẽtem possim exceptione summouere; in eo maximè nobis elaborandum est, vt videamus rectè nè hęc duo probentur; Nempe ex contractibus innominatis ante implemẽtum exceptionem competere, item in illis ipsis dari pœnitentiam ante implementum. Et quod attinet ad primum, ego mi-
22 nimè dubitari posse arbitror, quin Vlp. in illa l. iurisgentiũ. §. igitur nuda. cũ dixit nudã pactionem producere exceptionem, pactiones etiam correspectiuas complecti voluerit, vt rectè sentit hìc Baldus Noue. nu. 23. Siquidem animaduerto ego initio illius legis Vlp. id sibi explicandum proponere, quæ nam conuentiones actionem pariant; & quæ solam exceptionem. Qua in re quæcunque ipse tradit eò pertinent omnia, vt conuentionum tres quasi classes constituat. Quædã.n. sunt quæ transeunt in proprium nomen contractus, & ex his concludit semper actionem oriri; Cuiusmodi sunt emptio, venditio, locatio, conductio, societas, commodatum, depositum, & cæteri similes cõtractus, qui partim re fiunt, partim solum quidem consensum continent, sed in numerum contractuum recepti sunt tanquam ad vitę vsum magis necessarij l. 1. §. Permutatio .ff. de rer. permut. Aliæ prætereà sunt conuentiones, quæ vel si non transeant in proprium nomen contractus, tamen ipsis causa subest, hoc est traditio aliqua, seu cõtrectatio, & ex his quoque concludit nasci obligationem, cum & ipsis συνάλλαγμα insit; Veluti si dedero tibi rem, vt mihi aliam des, vel dedero tibi rem, vt aliquid facias (nisi fortè ex turpi causa dedero, quia tunc nulla planè oriretur obligatio) ideoque subijcitur re-
23 ctè à Mauritiano reprehensum esse Iulianum, qui in eiusmodi spetiebus putabat in factum actionem à Prætore dandam esse; Id.n. minimè necessarium esse ait Vlp. cum hìc adsit συνάλλαγμα ex quo sicut obligatio, ita & ciuilis actio nascatur. Alię deniq; sunt conuentiones, quę neque transeunt in proprium nomen contractus, neque causam seu contrectationem habent vllam, & ex ijs concluditur non posse constitui obligationem, quam conclusionem colligit Vlpianus in hæc verba. Igitur nuda pactio (inquit) obliga- "
tionem non parit, sed exceptionem. Nemini autem dubium esse potest, quin hę nudæ "
conuentiones correspectiuæ de quibus loquimur in præsentia sub hoc tertio capite cõtineantur, sicque in illis conuentionibus includantur, quæ actionem non pariunt, sed exceptionem; nam nec transeunt in proprium nomen contractus, neque etiam in ijs vlla interuenit traditio. Quod enim futuram traditionem, ac permutationem respiciant, hoc certè non facit vt ijs propterea συνάλλαγμα insit, nisi velimus eadem ratione fateri, cæteris omnibus etiã simplicibus conuentionibus ipsum συνάλλαγμα inesse, cum nulla planè conuentio sit, quę non factũ aliquod, aut futuram traditionem respiciat. Quare non magis conuentiones correspectiuæ ad contractus innominatos referri possunt, quàm pactum de deponendo ad depositum, pactum de commodando ad commodatum, aliaque itidem pacta ad alios contractus, à quibus ea Vlp. apertissimè disiunxit. Quod si dicas non rectè inferri, vt tertio hoc capite includantur nudæ conuentiones

correspectiuę

correſpectiuæ, quanuis neque in primo, neq; in ſecũdo capite contineantur, cũ potuerint eſſe prætermiſſæ. Reſpondeo nullam eſſe rationem cur Vlp. de contractibus non tantùm ſimplicibus, ſed etiam correſpectiuis loquutus ſit, & nudas conuentiones ſimplices tantùm complecti voluerit, correſpectiuas verò planè prætermiſerit. Veriſſima ergo huius cõtextus expoſitio eſt (ſentiant quicquid velint Io. de Mõte ſperel. Soc. & alij) vt dicamus hoc tertio capite Vlp. quamcunque nudam pactionem complexum eſ- 14
ſe, cũ dixit nudã pactionẽ nõ producere obligationẽ, ſed exceptionẽ. Ideoq; ex ipſius ſentẽtia concludamus, ex cõuentionibus quoq; correſpectiuis exceptionẽ oriri; Quod ex eo etiã maximè confirmatur, quia cũ illud quod de obligatione ibi ipſe tradit, non magis conueniat ſimplicibus conuentionibus, quam correſpectiuis, nimis abſurdum eſſet, ſi quod dicitur de exceptione ad ſimplices tantùm conuentiones reſtringeremus; Aduerſatur enim regula l. Iam hoc iure .ff. de de vulg. & pupill. & l. quanuis C. 15
de impub. & alijs ſubſtit. Alio modo conatur hoc confirmare Baldus nouel. hìc, ſumitque argumentũ ex ij, ſquę de legatis relictis in teſtamẽto minus ſolemni docet Bart. in l. nemo poteſt .ff. de leg. 1. quod ipſum cũ non magni momenti ſit, nos planè omittendum cenſemus. Huic verò ſententiæ nihil illud obſtare, quod de obligationis debilitate tradit híc Soc. poſt d. Io. de Monte Spe. ex ijs intelligeẽ quæ nos infrà dicturi ſumus. Ex duabus propoſitionibus, quibus diximus quaſi conflari hanc totam difficultatẽ, vidimus iam primã Vlpiani verbis rectiſſimè probari. Sequitur nunc ſecũda, in conuentionibus ſcilicet correſpectiuis dari pœnitẽtiam, quam non minus apertè tradit no- 16
« bis idem Vlp. in l. ſi pecuniam ff. de condict. cauſa data. Si pecuniam (inquit) ideò ac-
« ceperis, vt Capuam eas, deinde parato tibi ad proficiſcendum condicio temporis, vel
« valetudinis impedimento fuerit, quominus proficiſcereris, an condici poſſit videndũ,
« Et cum per te non ſteterit, poteſt dici repetitionem ceſſare, ſed cum liceat pœnitere ei
« qui dedit, proculdubio repetetur id quod datũ eſt; &c. Non me latet in contraria ſententia eſſe authores non contẽnendos, nempè Baldum in Rub. C. de rer. permut. Ang. in l. Traditionibus in fine C. de pact. Fely. in c. 1. extra eod. tit. de pact. Bald. Noue. in hac Rubr. Sed horum ſententia videtur apertiſſimè conuinci his verbis Vlpiani proximè adductis, cũ is expreſſim dicat licere pœnitere ei qui dedit, ideoq; inferat poſſe proculdubio repeti id quod datũ eſt, quorum verborum adeò perſpicuus ſenſus eſt, vt nullam idoneam reſponſionem recipere poſſe videantur. Inter omnes reſponſiones quę ad hanc legem afferuntur, omnium maximè colorata videtur eſſe reſponſio, quam affert hìc Baldus Nouellus, cum ait pręcipuam ibi rationem ſubeſſe, cur pœnitẽtia con- 17
cedatur, eam ſcilicet, quoniam ibi proponitur ex parte alterius implementum ſequi nõ potuiſſe. Siquidem condicio temporis, vel valetudinis fuit impedimento, quominus Capuam iri poſſet. Quod ſi nihil eſſet, vnde ea profectio impediretur, ac qui promiſit paratus ad eundũ eſſet, eo caſu nõ ſic videtur conceſſurus Vlp. vt liceret illi pœnitere, qui ea de cauſa pecuniã dediſſet, ita vt poſſet pro animi ſui arbitrio pecuniam datam repetere. Reijcienda tamen hæc reſponſio eſt, reijcitque illam apertè idem Vlp. in l. 3. §.
« 1. eod. tit. Vbi ſi tibi dedero (inquit) vt ſtychum manumittas, ſi non facis, aut ſi me pœ
« niteat condicere poſſum. Quibus verbis repetitionem concedit, non tantùm ſi non fa- 18
cias quod promiſiſti, verùm etiã ſi tu quidem facturus eras, ſed me pœnituit. Ijſdemq; iſtis verbis tolli videtur reſponſio aliorum qui dicunt in illa l. ſi pecuniam iccircò poſſe pœnitere eum qui dedit, quia ipſius tantùm cauſa facta erat conuentio, nõ autem illius

qui

qui pecunia accepta Capuā ſe profecturū promiſit, ut tradit hîc Galiaula col. 39. nu. 183. quē ſequutus eſt Ripa nu. 41. Videt̄ (inquā) hæc reſpōſio tolli eodē illo exēplo, quod ꝓ-
19 ponit̄ in d.l.3.§.1. Nā ſi dedero tibi pecuniā, ut ſtichū manumittas, utriuſq; intereſt hāc cōuētionē ſeruari, ac fidē datā nō reuocari. Tua quidē intereſt, quia poſt factā manumiſſionē præter pecuniā, quā tibi fuerā daturus, ius quoq; patronatus in ſeruo illo obtenturus eras. Mea uerò quin referat, negari nō pōt, cū hac ipſa de cā pecuniā dederim, vt ſeruū manumitteres, quod certè non feciſſem, niſi id mea aliquid referret. Atq; hęc eadē facti ſpecies habet̄ in d.l. ſi pecuniā. §.1. ubi Vlp. ita inquit. Si ſeruū quis tradiderit alicui, » ut ab eo intra certū tēpus manumitteret̄, ſi pœnituerit eū qui tradidit, & ſuper hoc eum » certiorauerit, & fuerit manumiſſus poſt pœnitētiā, attamē actio propter pœnitētiā cōpetit ei qui dedit. » Itaq; neceſſariò cōcludēdū uidet̄, in cōuētionibus correſpectiuis ſemꝑ dari pœnitētiā, quāuis utriuſq; interſit ſeruari quod promiſſum fuit; Id quod etiā in permutatione uidet̄ cōcedere Paulus in l.j.§. ideò. ff. de rer. ꝑmut. quāuis ꝑſpectiſſimū ſit nō unius tātū, ſed utriuſq; cauſa fieri ꝑmutationē. Ex altera (inquit) parte traditione facta, ſi alter nolit tradere, nō in hoc agemus utiq; quod intereſt noſtra illā rē accepiſſe, de » qua cōuenit, ſed ut res noſtra nobis reddatur, condictioni locus erit quaſi re non ſequuta. » Quod tamen reſponſum quo pacto accipiendum ſit, nos plenius infrà oſtēdemus. »

A R G V M.

NOn tantùm in materia conuentionum, ſed & in alijs omnibus, in quibus de naturali obligatione agitur, iuriſconſultos tàm uariè, & perplexè loquutos eſſe, ut ex ipſorum uerbis confuſio maxima primo aſpectu uideatur oriri.

1 Facit ætatis defectus, ut in pupillo ciuilis obligatio non conſideretur.
2 Leges quæ expreſſim dicunt pupillū, nec naturaliter obligari.
3 Aliæ leges quamplurimæ, quæ contrariū expreſſim dicunt, ſcilicet pupillum naturaliter obligari.
4 Dat̄ naturalis obligatio, ex qua actio orit̄.
5 Tres effectus illius naturalis obligationis, qua ſeruus domino tenetur.
6 Seruum naturaliter obligari, ex iuriſcōſultis alij negant alij affirmant.
7 Quantum ad obligationē quoq; furioſi, ac prodigi uidentur leges ſibi inuicem apertiſſimè aduerſari.
8 Ex iuriſconſultorum uerbis poſſe dubitari, utrum fideiuſſor pro furioſo, prodigove interueniens obligetur.

C A P. X I.

CVm adhùc nihil habeamus neq; in ſimplicibus, neq; in reciprocis cōuētionibus quod de naturali obligatione pro certo affirmare poſſimus, unū illud reliquū eſſe uidet̄, ut quo pacto in alijs materijs accipiatur naturalis obligatio cōſideremus, Sic enim fortaſſe & quātū ad cōuētiones ipſas quo pacto accipiēda ſit, cōmodius intelli-
1 gemus. Verùm in alijs quoq; materijs tàm incertū eſt, quid de naturali obligatione concludamus, ut omni undiq; pręſidio ad ueritatē obtinēdam deſtitui uideamur. Et primò
2 quidē ſi loquamur de naturali illa obligatione, quę ſola in pupilli perſona ob ætatis uitiū extare ſolet, in ea nō modo uarias, ſed penè cōtrarias leges reperimus; Nā pupillum neq; etiam naturaliter obligari tradit Neratius in l. quod pupillus. ff. de condict. indeb. Quod pupillus (inquit) ſine tutoris authoritate ſtipulāti promiſerit, & ſoluerit, eius re- »
3 petitio eſt, quia nec naturaliter debet. » Cui ſnīæ ſubſcribit Licinius in l. pupillus, ſuprà tit. ꝑx. Pupillus mutuā pecuniā accipiēdo nec naturaliter obligat̄. Aduerſat̄ tn̄ Vlp. ī l.j. ī fin. ff. de nouat. vbi cōtra id quod ꝑximè cōcluſum fuit, tāq̄ cōpertiſſimū ſtatuit pupillū

naturaliter obligari,sic enim inquit. Qualiscūq; obligatio sit,q̄ p̄cessit,nouari uerbis potest,dūmodò sequens obligatio aut ciuiliter teneat, aut naturaliter, utputa si pupillus sine tutoris authoritate promiserit.Cū Vlpiano sentit Paulus in l.si pupillus.ff. ad l. falcid. « ubi Si pupillus (inquit) cui sine tutore authore decē mutuo data sunt,legatū à creditore " meruit,sub hac conditione, si decē quæ accepit hæredi reddiderit, una numeratione & " implet conditionē, & liberatur naturali obligatione, ut etiam in falcidiā hæredi imputentur. Aliæ itidē multæ leges sunt,in quibus hoc apertissimè probatur, ut in l.cum illud.§.hæres.ff. quando dies leg. ced.l.in numeratione.ff. de solut.l.ult. ff.de iureiur. l.si eius.ff.ad leg.falcid. Hinc uidemus fideiussorē à pupillo datū obligari.l. stichū.§.naturalis.ff. de solut. qui certè non posset obligari,nisi pupillus naturaliter saltē teneretur.§. j. inst. de fideiuss. Mirū etiā illud est, quod uidemus hanc ipsam naturalē obligationem 4
qua tenetur pupillus etiā ad agēdū efficacē esse. Etenim pupillus quatenus locupletior factus est, naturaliter tantum tenet̄.l.naturaliter iuncta.l.nam hoc natura.ff.de condict. « indeb. Sed etsi cū solus sit tutor,mutuā pecuniā pupillo dederit, uel ab eo stipuletur, « non erit obligatus tutori,naturaliter tamē obligabitur,inquātū locupletior factus est,nā « in pupillū non tantū tutori, uerū ēt cuiuis actionem inquantū locupletior factus est,dā- « dā diuus Pius rescripsit. Quod idē habetur in l.3.ff.cōmodati,& in l.3.ff. de neg.gest. Verū hoc non tantū nostrorū traditionibus aduersatur,qui uno ore concludunt solā naturalē obligationē ad agēdū nihil prodesse,sed ipsorū etiā iurisconsultorū sententię uidetur reclamare. Nā quorsum Vlp.in l.etiā.ff. de compens.dubitaret,an quod naturaliter debetur ueniret in cōpēsationē, si ēt ad agēdū naturalis obligatio ualeret? Et hæc quātū ad naturalē obligationē qua pupillū teneri dicunt. Quod si loquamur de naturali obligatione,quæ in seruo considerari solet, in ea quoq; iurisconsulti non minus uariasse uidentur. Nam seruū naturaliter obligari expressim dicit Paulus in l. naturaliter.ff. de condict.indeb.Naturaliter (inquit) etiam seruus obligatur. Additq; etiā tres huius 5
naturalis obligationis effectus, ut impediatur repetitio, ut fideiussor obligetur, & pi- « gnus datū teneat̄. Et ideo si quis nomine eius soluat, uel ipse manumissus (vt Pompo- « nius scribit)ex peculio,cuius liberā administrationē habebat,repeti non poterit,& ob id « & fideiussor pro seruo acceptus obligabitur, & pignus pro eo datū tenebitur. Ac cum Paulo planè conuenit Triphoninus in l.si quod dominus.ff.de condict.indeb.Verū ab- 6
horret hoc à sententia Vlpiani qui nullo planè modo,hoc est neq; naturaliter,neq; ciuiliter obligari seruū existimat. Et hāc regulā generaliter nobis tradit in l.in personā.ff.de « reg. iur. In personā (inquit) seruilē nulla cadit obligatio. Ideq; Vlp. in l. nec seruus.ff. " de pecul. nec seruus quicq̄ debere potest, nec seruo potest deberi,sed cū eo uerbo abu- " timur factum magis demonstramus, &c. Nihilomagis expedita est naturalis obliga- 7
tionis explicatio, quatenus spectat ad furiosum prodigū, & eū cui bonis interdictū est, Hos enim nullo modo obligari sentit Pōponius in l.furiosi.ff.de reg.iur.cum ipsorū dicit nullā uolūtatē esse, traditq; hoc expressius Vlp. in l.is cui,infrà eo.vbi propterea concludit nec fideiussorem obligari; qua in re tamen compertissimum est solam desiderari « naturalem obligationem. Is cui bonis (inquit) interdictum est stipulando sibi " acquirit, tradere uerò, uel promittendo obligari non potest, & ideò fideiussor pro " eo interuenire non poterit, sicut nec pro furioso. Sed mirum certè est, tàm parum hac in re constare sibi Vlp. Siquidem idem ipse in l.Marcellus.ff.de fideiuss. dicit illis qui pro eiusmodi personis intercesserint, subueniendū nō esse,& consequenter illos nō tan 8
tum obligari, sed etiam ad solutionē cōpelli posse statuit; idemq; esse iudicat, ac si pro

pupillo

pupillo fideiussissent. Quod etiã Marcelli authoritate cõfirmat in hæc uestra: Marcellus scribit, si quis pro pupillo sine tutoris authoritate obligato, prodigove, uel furioso fideiusserit, magis esse ut ei non subueniatur, quoniam his mandati actio non competit.

ARGVM.

SPectandum esse antè omnia, quomodo ex æquitate proficiscatur naturalis obligatio, & quot modis ęquitas, quatenus obligationem ipsam constituit, considerari possit. ita enim fore ut ex his quasi principijs facilius mox explicentur quæ tùm de nudis conuentionibus in dubium reuocantur, tùm de illis, quę ob personarum inhabilitatem minus efficaces esse solent.

1 Naturalis obligatio nullum aliud pręterquàm æquitatis fundamentum habet.
2 Aequitas quomodò hìc accipienda sit.
3 Ius naturale non tàm tempore quàm rebus ipsis à iure ciuili distinguendum.
4 Ius politicum tàm ex naturali iure constat, quàm ex ciuili.
5 Pro temporum uarietate æquitas naturalis uariari potest.
6 Quid naturaliter debitum sit, quilibet uir prudens iudicare potest, uel si legũ ciuilium non sit peritus.
7 Naturalis obligatio quatenus obligat ad soluendũ, duob⁹ modis cõsiderari põt.
8 Conuentiones quæ ex utraque parte continent æquitatem, & olim erant per manum Regiam, & nunc quoque iure ciuili sunt efficaces.
9 At quæ ex parte tantùm promissoris continent æquitatem, ut hodie non sunt, ita nec iure gentium ad petendum efficaces erant.
10 Legis ciuilis præsumptiones interdũ à ueritate aberrare (quanuis præter legis intentionem) contingit.
11 Literarum obligatio si non uerè, at saltem pręsumptiuè obligationem continet ab utraque parte.
12 Exempla illarum obligationum, quibus inest æquitas, uel ab utraque parte, uel ab una tantum.
13 Qui ædificauit in solo alieno non nisi per retentionem impensas seruare potest.
14 Opas officiales libertus nõ pręstat inuitus
15 Maritus soluens dotem ultra quàm facere possit, non potest posteà repetere id quod initio non soluere potuisset.
16 Omnibus planè conuentionibus ex parte saltem promittentis inest æquitas seruandæ fidei.
17 Nõ semper æquitas ita fauet creditori, ut possit promissorem inuitum ad soluendum vrgere.
18 Quà multę promissiones improuidè fiãt.
19 Ex causis, & personis variè iudicat prætor an actio danda sit.
20 Quid cõcludendum sit in illa quæstione, utrum antiquitus pro pactis nudis manus Regia præstaretur.
21 Certiora olim Regum erãt iudicia, quàm nunc ciuilium legum esse possint.
22 Quæ regulæ à ciuilibus legibus quãtũ ad efficaciã cõuẽtionũ fuerint cõstitutæ.
23 Qua occasione inductum sit, ex nudo pacto agi non posse.
24 Prætores ex æquo, & bono generales iuris ciuilis regulas moderati sunt.
25 Pretores non radicitus tollunt remedia iuris ciuilis.
26 Exceptionem doli malitiarum omnium uerriculum Cicero appellat.
27 Dolus olim impunitus erat, pręterquàm in bonę fidei iudiciis, & cum minor aliquis fuerat circumuentus.
28 Doli exceptio iure honorario introducta, suggerente formulam Gallo Aquilio.
29 Pacta bifariam considerari possunt.
30 Pacta conuenta, quæ frequentius dicãtur.
31 Cur prætor ex pactis nudis deneget actionem, ac cur non pariter deneget exceptionem.
32 Diffidit sibi Bar. rei difficultate pterritus.
33 Actionis, & retẽtionis lõgè diuersa rõ est.
34 Aequitas seruandæ fidei, ideò prodest ad exceptionẽ, & nõ ad actionem, quia inĩquam promissoris repetitionem reddit, quãuis nõ æquam faciat creditoris petitionem.
35 Quę fuerit mens Vlp. in l. j. ff. de pactis.
36 Quam prætor nobis attulerit utilitatem, cum de pactis edictum proposuit.

CAP. XI.

CVm igitur tota hęc materia obscurissima sit, & uariis passim implicita difficultatibus, nihil rectius facere posse arbitrati sumus, quàm ut nonnulla statueremus quasi principia, demonstraremusq; ante omnia quomodo accipienda sit naturalis obligatio, & quomodo ad nudas conuentiones applicanda, ut sic commodius difficultates prædictas omnes explicare possemus. Illud nobis constitutum esse debet, & in tota hac disputatione omnium maximè præ oculis est habendum, quod & cęteri omnes concedunt, naturalem obligationem nullum aliud quàm æquitatis fundamentum habere; Atque hìc cum dicimus ęquitatẽ, non eam tantum intelligimus, quæ ad legitimi iusti emendationem adhibetur, sed æquum appellamus quicquid fides, probitas, & honestas suadet, & quod iustitię, rationiq; naturali est consentaneum, nam & hac significatione posse hanc uocem accipi alibi docuimus. Sola uerò æquitate perfici naturalem obligationem ex eo facilè intelligimus, quia iurisconsulti, cum de naturali obligatione loquuntur, ac uel extare, uel non extare illam probare uolunt, ab æquitate semper argumentantur, & quod ęquum esse uident illud naturaliter debitum dicunt. Ita argumentatur Pomponius in l. nam hoc natura. ff. de condict. ind. ubi cum uelit probare pupillum naturaliter ad id quoque teneri, quod sine tutoris authoritate accepit, si modò locupletior factus est, ideoq; solutum repetere non posse, utitur hac ratione. 1 2

« Nam hoc natura (inquit) æquum est, neminem cum alterius iactura fieri locupletiorem. Facit hoc idem Vlp. in l. si noxali. ff. de pecul. cum in fine illius legis ita inquit.
« Et puto uerã Iuliani sententiam, naturalia enim debita spectamus in peculij deductione.
« Est autem natura ęquum liberari filium, uel seruum obligatione eo quod indebitum ui-
« detur exegisse. Ita etiam argumentatur Papinianus in l. stichum. §. naturalis. ff. de solut. ubi naturalem obligationem iusto pacto tolli ex eo probat, quia uinculum æquitatis quo illa solo sustinebatur, conuentionis æquitate dissoluitur. Nos igitur in hac tota tractatione cum de naturali obligatione loquemur, id potissimum spectabimus, quid æquitati hoc est rationi, naturaliq; iuri consentaneum sit. In quo tamen aduertendum est, ius naturale non illud tantum nos intelligere, quod ante ius ciuile seruabatur, 3
siquidem hodie pariter uiget in nobis, semperque uigebit ratio illa naturalis, quę tacito quodam monitu nobis pręscribit quid agendum, quidve contra fugiendum sit, & quę sola ius naturale constituit, Vnde fit, ut hodie quoque ius naturale, licet multis in rebus concurrat, cum iure ciuili, tamen verè ab ipso distinctum sit. Itaque rectè Aristoteles lib. 5. Ethic. cap. 7. ex utroque iure nimirum ciuili & naturali statuit constare 4
ius politicum. Hac de causa nos primò naturalem obligationem ex iusto ipso naturali

atque

atque ex naturali æquitate metiemur, neque ulla tempora diſtinguemus, ſed quia non
5 negamus pro temporum uarietate naturalem æquitatē aliud, atque aliud expoſcere, pro-
ptereà oſtendemus inferius, cum hanc noſtram theoricam ad prędictarum difficultatū
ſolutiones applicabimus, num naturalis illa obligatio quæ iure gentium uigebat, poſt
leges ciuiles inuentas aliqua ex parte fuerit immutata. Maneat igitur hoc in primis, ac fir
miſsime ſemper retineatur, naturalem obligationē ex æquitate, rationeq; naturali de
ſumendā eſſe, ac propterea cū quærimus, an naturaliter aliquid debitū ſit, non eſſe neceſ-
6 ſarium eū conſulere, qui legum ciuilium peritus ſit; cum hac in re uel alterius cuiuſcun
que iudicium plurimi ſit, faciendum qui modo uir prudens, ac ſolidus ſit, eaque non
ignoret quæ ad uiri boni officium pertinent. Aliud præterea nobis conſtitutum eſſe de
bet, hanc ipſam ſcilicet æquitatem naturalem, quatenus obligat ad aliquid ſoluendum
duobus modis conſiderari poſſe, Interdum enim ab utraq; parte adeſt ęquitas, hoc eſt
7 non tantum mihi ut ſoluam præcipit, ſed tibi etiam permittit, ut me uel inuitum ad ſo
lutionem urgere poſsis; uereq; utplurimum ita euenit, ut quoties ex parte creditoris
adeſt ęquitas, adſit etiam ex parte debitoris quanuis non ita è conuerſo res ſeſe habeat
ut poſtea uidebimus; Interdum uerò poſtulat quidem æquitas, atque ratio, ut aliquid
ſoluam, ſed tamen non patitur, ut tu ipſe petere à me poſſis, ac me ceſſantem compel-
lere ad ſoluendum, quin à uiri boni officio recedas, atque ab omni honeſtatis ſemita de
clines. Primo huius diſtinctionis capite, quando ſcilicet extat æquitas ab utraque parte,
minimè dubitandum eſt quin perfecta inducatur obligatio, omnibuſque (ut ita dicā)
ſuis numeris abſoluta, atque hoc modo in mutuis hominum commercijs conſidera-
mus obligationem, cum obligari aliquem dicimus. Hoc modo etiam iure gentium
obligatio æſtimabatur, ut ex infra dicendis apparebit, atq; ut hodie eſt, ita olim quoq;
ad petendum efficax erat. Neque uerò certius ullum argumentum eſt, ex quo poſſit in
telligi, an adſit hinc & inde ęquitas, & an iure gentium obligatio efficax eſſet, quàm ut
uideamus, num ex tali obligatione iure ciuili actio concedatur. Etenim quamcunq;
8 cōuentionis ſpetiem proponas, ſi in ea concedas, nō modo poſtulare ęquitatem, ut ego
tibi ſoluam, uerum etiam ut tu me ad ſolutionem urgere poſsis, ſicut iniquiſſimi olim
reges fuiſſent, niſi tibi ad exigendum publicæ authoritatis pręſidium fuiſſent imper-
titi, ita iniquiſſimę eſſent leges ciuiles, ſi eiuſmodi obligationem ad petendum ineffica
cē eſſe paterentur. Itaque cū hoc modo obligationem accipimus, ueriſſimum id eſſe cē
ſeo quod & Hier. Torniellus hìc nu. 14. ſenſiſſe uiſus eſt, conuentiones omnes quæ iu-
re gentium ſunt efficaces, iure ciuili pariter efficaces eſſe. Si quidem nullam puto cu-
iuſcunque generis conuentionem reperiri quæ ab utraque parte eo quo diximus mo-
do æquitatem contineat, ex qua lex ciuilis non concedat actionem, niſi forte ſecus ac
ueritas ſeſe habeat, lex ipſa pręſumat, id quod facere interdum ob malitiam hominum
probandique difficultatem neceſſarium eſſe demonſtrabimus. Verùm ubi datur aliqua
9 obligatio, quę ex altera tantum parte ęquitatem contineat, rectè concludi poſſe puto
eam nec iure gentium fuiſſe, neque etiam iure ciuili ad petendum efficacem eſſe, nam ſi ſe
cus diſponeret lex ciuilis, à naturali iuſto proculdubio aberraret, in cuius tamen con
ſeruatione legum ciuilium munus omne expletur. Neque enim ſi leges ciuiles præſu
mendo nōnūquā à ueritate recedūt (quod ut interdum contingat rerū ipſarū obſcuritas
facit) iccircò à naturali ęquitate receſſiſſe exiſtimari debent. Vt ecce lex pręſumit ueram
10 uoluntatem non continere, ac conſequenter naturali æquitate nō foueri illud teſtamen-
tum,

tum,in quo non fuerint septem testes adhibiti.§. sed cum paulatim inst. de testament. vt nec donationem quæ quingentos solidos excedat, si absque insinuatione facta fuerit l. penul. C. de donat. Et hoc sanè rationem maximam habet, quia cum legum ciuilium conditores generales regulas traditurí essent, atque in singulis speciebus naturalem æquitatem expendere non possent, ut tutiorem partem sequerentur, necessariũ fuit nonnullas ab ipsis reijci obligationes,quę ut plurimum captiosæ sunt,quanuis & illæ interdum ab utraq; parte æquitatem naturalem continere possint. Quæ causa etiã etiam fecit, ut S.C. Macedoniano mutua à filiisfami. contracta, & Velleiano mulierum intercesiones infirmarentur. Verùm ubi hęc una ratio non obstet,semper uidebimus legem ciuilem eas obligationes amplecti, atque ex ijs actionem concedere, quæ utrinque naturali æquitate muniuntur. Quemadmodum & ex contrario uidebimus iure ciuili inefficaces esse illas obligationes,quæ ab una tãtum parte continẽt ęquitatem, Cuius rei eadem planè ratio est, quia si legum latores ex eiusmodi obligationibus actiones concederent,naturali rationi,atque æquitati aduersarentur, quæ tunc non patitur promissorem ad soluendum compelli. Etenim si fidem non seruet qui eo modo obligatus est, meritò quidem cùm a theologis tùm etiam à philosophis qui de recta uiuendi ratione præcepta tradunt,reprehendi poterit tanquam uiri boni officio parum functus, sed certè à iudice ut promissum soluat compelli nullo modo debebit. Nec contra obijciatur, qui uere pecuniam non numerauit post biennium semper utiliter agere, si numerationis apocham ostendat, cum tamen hanc ipsius petitionem nulla foueri æquitate exploratissimum sit; Nam eadem hîc quæ superius responsio adhibẽda est, 11
ut dicamus hoc ideò cõstitutum esse,quia lex credit pecuniam fuisse numeratam; Quę numeratio si uere facta fuisset, nemo dubitaret quin pecuniam numeratam restitui iustisimum esset. Fecit autem hominum improbitas, ac simul etiã probandi difficultas, (cum nemo prope futurus esset qui pecuniæ non numeratæ exceptionẽ nõ opponeret, atque ob id ipsam numerationem factam probare difficilimum esset)ut certum aliquid tempus constituere necessarium fuerit, quo elapso numeratio facta crederetur. Atque eadem hac de causa factum est,ut sententię crederetur,& iuramento l. qui Romę §. duo fratres inf. eo. et §. si quis postulante inst. de actio. Quo fit ut actiones quæ ex his causis oriuntur, ęquitate omni destitutæ dici nôn possint. Primi capitis exempla, cum 12
.s.utrinq; æquitas adest,ex illis obligationibus desumenda sunt, quę oriuntur ex cõtractu, uel quasi contractu,ex delicto uel quasi delicto, uel lege ipsa inducũtur, ut in l. obligamur. ff. de act. & oblig. Et si quæ alia sunt quæ uel gentiũ uel ciuili iure ad agẽdũ efficaces sint. Nã & iuregẽtiũ ita demũ dare debitorẽ oportebat,si utrinq; ęquitas extabat, neq;aliud credimus sensisse Paulũ in l. cũ amplius §. Is natura debet ff. de reg. iu. ut fusius posteà ostẽdemus. Secundi porrò capitis sumi possunt exẽpla ab illis oĩbus obligationibus quæ ad agẽdum inefficaces sunt, (quãquã illæ minus propriæ obligationes sunt,ac cum eas hîc appellamus,obligationis potius nomine abutimur l. fideiussor §. fideiussor ff. de fideiuss.)Siquidem non tantum æquitatis habent,quantum ad perfectè obligandum satis est,sed quia nõ prorsus ęquitate carent,effectus ęquitati illi conformes tribuũt ipsis ciuiles leges,quos suo loco referemus. Appellantur uerò passim naturales obligationes,tametsi longè minus ijs natura suffragatur; Quod qua ratione fiat, haud multò post aperiemus. At ex singulis legibus satius erit aliquot exempla proposuisse,ex quibus clarius perspiciatur, cuiusmodi sit hæc obligatio,in qua non utrinque, sed ab una tan

tum

tum parte æquitas elucet. Fac ergo me ædificasse in solo tuo, prout in illa facti spetie
13 quam proponit Iulianus in l.si in area.ff.de condict. indeb. Cum tibi ratione soli ædificium acquiratur, æquitas quidem postulat, ut impensas meas mihi restituas, At si tu facere id recuses, æquitas non patitur, ut ego has ipsas impensas ab inuito exigere contẽdam, cum haudquaquã te rogante, sed sponte eiusmodi impensas fecerim, nec negotiũ planè ullum tecum contraxerim. Verùm quoniam respondet ibi Iulianus eas me per retentionem seruare posse, necesse est earum aliquam obligationem esse l. naturaliter supra tit. prox. & l. fideiussor §. naturales. ff. de fideiuss. Sic uidemus dari obligationem cui non utrinque, sed ab una tantum parte æquitas inest. Aliud potest exemplum afferri, quod est eiusmodi. Cum ego seruum manumisi, honestatis ratio postulat, ut ope
14 ras officiales is mihi prǫstet, à quo tãtum beneficium accepit. At me nunquam uiri probi, & honesti laudabunt, si inuitum illum, ac recusantem ad operarum prǫstatio nẽ urgere uoluero. Propterea uidemus libertum ipsum obligari quidem ad operas officiales, ut docet Vlp. in l. si non sortem. §. libertus.ff.de condict. indeb. sed hanc obligationẽ (ut quæ non utrinque æquitatem continet) ad agendum inefficacem esse, ac retinendi tantum facultatem præstare, ut ibidem Vlpianus inquit. Demonstratur etiam idipsum hoc exemplo. Maritus qui post solutum matrimonium dotis nomine conuenitur, soluendo non est, hoc est nõ cõmode dotem acceptam restituere potest; Si is me consulat, quid hac in re uirum bonum facere deceat, ego semper eum monebo, ut quod debet uel cum maximo suo incommodo soluat; si uero roget me mulier quid faciendum illi sit, ut probæ, ac bene moratæ uxoris officio fungatur, nunquam ipsi author ero, ut eũ qui sibi paulò ante maritus fuerit, ad soluendam dotem importunè urgeat, si illum propterea uideat ad eam inopiam redactum iri, ut non commodè amplius aut ex ipsius di
15 gnitate uiuere possit. Quoniam igitur obligatio qua tunc tenetur maritus non undequaque continet ęquitatem, propterea actionem parere non potest, sed tantum repetitionem impedire.l.Nam & maritus ff. de condict. indeb. Nam & maritus (inquit " ibi Vlp.) si cum facere nihil posset, dotem soluerit, in ea causa est, ut repetere non possit. "

His ita præmunitis, ut hæc quę de obligatione hactenus diximus, ad nudas conuẽtiones referamus, de quibus potissimum agere nobis propositum est. Primum omnium illud statuimus (quod & ab aliis omnibus facilè concessum iri putamus) æquitatem quã ex parte debitoris considerauimus, quæque ipsum debitorem ad soluendum hortatur
16 omnibus planè conuentionibus quantumuis nudis semper inesse. Nam siue deliberato animo aliquid promiseris, siue improuidè, aut simulatè, aut per ostentationem, semper æquum est te fidem datam seruare, neq; ulla ratio est, nullus color, cur promissis deesse honestè possis. Docet hoc Vlp. in l.1.ff.de pactis & in l. 1. ff. de constit. pecunia, cuius uerba hoc tantum respectu accipienda esse, ex ijs quæ infra dicturi sumus apertissi
17 me constabit. At non ita absolutè hoc affirmari potest quantum ad illam æquitatẽ quã ex parte creditoris ad perficiendam obligationem diximus adesse oportere. Nam quanuis illa uel in pacto nudo adesse possit, tamen est interdum, cum nulla honestatis ratio patiatur, ut eum qui nudo pacto mihi aliquid promiserit, ad soluendum compellam:
18 Multæ quottidiè promisiones urbanitatis (ut uidemus) causa inconsideratè fiunt, Multa ẽt à mercatoribus improuidè iactantur, dum pelliciendi emptoris gratia res uenales gratis offerunt, ac pollicentur. Cuiusmodi promisiones omnes si quis uellet ad necessitatem reuocare, non inurbanus modò, sed & iniquus meritò habendus esset. Neque enim

enim tum quisq; uideri potest promittentis fidem sequutus, id quod ad ueram, perfe-
ctamque obligationem requirit Paulus in l. cum amplius §. Is natura debet.ff.de regu.
iur. Veruntamen fieri potest, ut uel nudo pacto seriò aliquid promittatur, ac propte-
rea utrinque æquitas adsit;quod quando uel ita,uel secus contingat,generali regula de
19 finiri non potest, quare ex locis, causis, & personis uariè id iudicandum est ar. l. ult.
in fine,suprà tit.prox.Quod cũ ita se habeat, ex hoc optimè intelligitur (iudicio meo)
quàm insciè à nostris dubitetur,nunquid iure gentium nudæ cõuentiones ad petendũ
20 efficaces essent, & an pro ijs manus Regia pręstaretur. Nam si quęrunt quid uerè hac
in re seruarint Reges,quæstio hæc certè eiusmodi est, ut non nostris hisce disputationi-
bus indigeat,sed uetustissimorum potius librorum testimonio dirimenda esset, quos ta
men non extare,neque extare posse exploratissimum est,Si uerò quærunt quid reges ser
uare par fuerit,& quomodo illi quantũ ad nudas cõuentiones ius dicere debuerint, de
buerunt illi proculdubio ex ęquitatis,rationisque præscripto iudicare,neque enim ullis
ciuilium legum generalibus regulis erant adstricti,sed quod in singulis spetiebus æqui-
tas dictabat,id ipsi iudicando sibi proponebant. At iam diximus, & hoc fateri necesse
est, ęquitatem istam in pactis nudis non certam, & stabilem, sed uariam, & incertam
esse,cum qui pacto nudo promisit ad soluendum compelli modò æquum,modò ini-
quum sit, ut & Vlp. animaduertit in d.l. ult. supra tit. prox.de act. & obligat. Quare
sequitur ut de his ipsis pactis quę non transeunt in proprium nomen contractus,ex cau
21 sis, locis, & personis uariè iudicarint. Ac sanè certius hoc modo ipsorum Regum iudi-
cium esse poterat,quàm nunc sit ciuilium legum,quæ non in singulis spetiebus, sed ge- 11
neratim,ac per certas regulas uniuersales conuentionũ ęquitatem metiuntur. Neque
enim tàm compertum,atq; omni ex parte certum esse poterit, quãtum aut uini, aut fru
menti quotannis in hac ciuitate opus sit,si æquam omnibus ciuibus portionem asigna-
ueris (plerisq;.n.uel deerit aliquid, uel supererit) quemadmodum si ad singulos homi-
nes hanc mensuram referas. Non secus ergo & antiqui illi reges in singulis factorum
euentibus naturale iustum metiebantur. Verùm posteaquàm experientia demonstratũ
est, parum tutum esse unius libidini singulorum bona,& fortunas committi, ac propte
reà leges ciuiles inuentę sunt, quæ generaliter disponerent, ac eadem cum omnibus uo
ce loquerentur, iudicarunt legumlatores (et meritò quidem) consentaneum non esse
22 omnes planè recipi conuentiones tanquam ad petendum efficaces,cum non omnes(ut
demonstratũ est)ab utraque parte ęquitatem cõtineant,Receperunt quidẽ (ut & supra
diximus)conuentiones illas omnes in quibus συνάλλαγμα,seu traditio interuenit, Itẽ ex
illis quę non re,sed solo cõsensu fiunt nonnullas receperunt,quę magis frequentes,& ad
uitę usum magis necessariæ sunt,nempè emptionem,uẽditionem,locationem, cõductio
nem, societatem,mandatum,ut author est Paulus in l.1.§.permutatio. ff.de re permut.
propterea quod hisce omnibus conuentionibus quę transeunt in proprium nomen
contractus utrinque suffragari æquitatem iudicarunt. Quod uerò attinet ad alias con-
uentiones,quæ non transeunt in proprium nomen contractus, cum uiderent earum
non perpetuam, sed uariam, & incertam ęquitatem esse, atque ex locis,causis, & per
sonis uariè illas accipi posse, ut generaliter de illis quoque certum aliquid statuerent,
stipulationis remedium inuenerunt, hoc est quandam pręcedentis interrogationis so-
lemnitatem, ac sequentis responsionis, qua qui uterentur omnino uelle sese obligare
ex hoc ipso demonstrarent, atque ob id maxima cum ratione ad soluendum compelli
possent.

Qui uerò ſine hac uerborum ſolennitate conuenirent, non ſatis deliberato animo pro-
miſiſſe crederentur, ideoq; ad promiſſam fidem implendam compelli non deberent.
23 Atq; ex hoc primùm fonte illud emanauit, quod frequentiſſimè à iuriſconſultis uſurpa-
tur, ex nudo pacto, nudoq; conſenſu actionem non dari. Id enim abſurdiſſimum ubi-
que iudicatur, ut in d. §. permutatio, & l. iuriſgentium. §. quinimò, & §. utputa. ff. de pact.
Quocirca errarent proculdubio, ſi qui exiſtimarent, ſicut hodiè ex pacto nudo agi non
poteſt, ita iure gentium non utiliter ex eo peti potuiſſe, nam id tantùm inter ciues Ro-
manos, ea qua diximus occaſione, inductum eſt, ut ſupra demonſtrauimus ex Paulo lib.
2. Recept. ſentẽt. tit. 14. atq; ex Diocletiano in l. ſi tibi. C. locati. Ab hac tñ regula nõ-
nullæ cõuẽtiones exceptę fuerũt, quæ quãuis nõ trãſeãt in propriũ nomẽ contractus, ta-
men eas ad agẽdum æquitatis ſatis habere, uarijs de cauſis iudicatum eſt, ut donatio nu-
do pacto facta. l. ſi quis argentum. C. de donat. dotis promiſſio. l. ad exactionem. C. de
dotis promiſſ. & ſi quæ aliæ ſimiles ſunt conuentiones à lege, plebiſcito, uel S. C. com-
probatæ, quæ propterea legitimæ conuentiones dictæ ſunt. l. legitima. ff. de pact. Hæc
ſunt, quæ iure gentium obtinebant, ac deinde iure ciuili, eo quo diximus, modo immu-
tata ſunt. At uerò prætores, quibus iuris dicendi cura incumbebat, cùm in alijs omni-
24 bus, tùm maximè in hac conuentionum materia ius ciuile adiuuerunt, ac uariè, prout æ-
quitas exigebat, modò in hanc, modò in illam partem generales iuris ciuilis regulas tẽ-
perarunt, quas ob nimiã generalitatem in ſingulis nonnunq̃ factorum ſpeciebus ab æ-
quitate aberrare uiderunt; quod in utraq; ex prędictis regulis animaduerti poteſt. Duas
diximus in hac materia à iure ciuili generales regulas traditas eſſe. Primam, ut quo-
ties alicui conuentioni adhibetur forma interrogationis, ac reſponſionis, ex ea de-
tur actio, præterquàm in nonnullis caſibus qui partim in hoc titulo noſtro recen-
ſentur, partim in tit. inſt. de inut. ſtipu. Secundam, ut quoties conuentio prorſus nu-
da eſt, nec ſtipulationis adminiculo ſubnixa, inefficax planè ſit, neque ex ea quicquàm
peti poſſit. Quod attinet ad primam regulam, animaduerterunt prætores, ita fie-
ri interdum, ut conuentio aliqua ſtipulationis quidem præſidio munita ſit, ſed ta-
men non eam habeat æquitatem, quę ad firmandam obligationem ſatis eſſe poſ-
ſit, Quod tunc euenit, cum ſine cauſa fit ſtipulatio, utputa ſi cum falsò crede-
rem procuratori meo mutuo centum tuo nomine data fuiſſe, ea tibi ſtipulanti
promiſerim, cùm & tu ipſe idem exiſtimares; per ſe quidem ſtipulatio perfecta eſt,
ſed tamen omni æquitate eſt deſtituta, cum iniquiſſimum ſit, ad eius pecuniæ re-
ſtitutionem me poſſe compelli, quam uerè non acceperim. Quod nam igitur re-
25 medium prætores attulerunt? Non illam quidem actionem ademerunt, quam ex
ſtipulatione oriri iure ciuili conſtitutum erat, (nam nec potuiſſent id facere, uel
ſi maximè uoluiſſent, ar. §. quos autem. inſt. de bon. poſſ.) ſed ſuggerente for-
26 mulam Gallo Aquilio, præſtiterunt nobis doli exceptionem, uerè (ut ait Cicero)
malitiarum omnium uerriculum, qua iniquè iudicio uexati defendere nos poſſemus.
Docet hoc Vlp. in l. 2. §. circa. ff. de do. except. ubi Accur. in uer. ſine cauſa.
27 Siquidem anteà in iudicijs tantùm bonæ fidei dolus uindicabatur. l. huiuſmodi. §.
qui ſeruum. ff. de leg. 1. l. ſed & ſi ideò. ff. ſolut. matrim. Aut cum quis impubes,
uel minor circumuentus erat, ut docet Cicero lib. 3. offic. in alijs uerò ſpe-
ciebus omnibus dolus erat impunitus, quod ipſum apertè ibidem tradit Cicero,
cum à Pythio illo argentario deceptum refert C. Cannium Equitem Romanum,

eundemq́ue ſtõmachantem, quod nullo præſidio contra Pythij dolum tueri ſe poſſet.
" Stõmachari (inquit) Cannius, ſed quid faceret? nondum enim Aquilius collega,
" ac familiaris meus pertulerat de dolo formulas. Non ergo iure ciuili, ſed tantũ ho- 28
norario, Gallo Aquilio formulas ſuggerente, remedium etiam contra ſtricti iuris actio-
nes inuentũ eſt. Ex quo fit, ut qui doli exceptione tutus eſt, iure honorario dicat̃ libera
" tus, ſic enim Antoninus in l. ſi creditori. C. de pact. Partim (inquit) ciuili iure, partim
" honorario liberatus es, nam exceptio perpetua pacti conuenti, uel doli reſidui petitionẽ
repellit. Nunc uidẽdũ eſt pariter, quidnã prętores quoad ſecũdã illã iuris ciuilis regu-
lã præſtiterint, quæ eſt, ut quoties pacto nõ adhibet̃ ſtipulatio, ita ut pactũ planè nudũ ſit,
ex ipſo actio nõ oriat̃; Quod ut clarius explicet̃, ſciẽdũ eſt, hæc ipſa pacta bifariã conſide 29
rari poſſe. Alia ſunt, quæ ad præcedentẽ aliquẽ contractũ referunt̃, & frequentius pacta 30
conuẽta dici ſolent, Videor enim mihi hoc fermè apud iuriſconſultos obſeruare, tũc tan
tũ illos ſolere appellare pacta conuẽta, cũ circa ea, quæ præcedẽti aliquo contractu pla-
cuerunt, aliud inſuper aliquid inter partes conuenit. l. pacta cõuenta. ff. de contr. empt.
l. ſi pacto conuento. ff. de tranſact. l. pacta. ff. de pact. l. pacto cõuento cũ ſimi. C. eo. tit.
de pact. Alia uerò pacta ſunt, quæ per ſe cenſentur, nec prçcedẽtem aliquẽ contractum
reſpiciunt. Prima illa, quæ diximus pacta conuenta appellari, iuſſit ſeruari prætor in mo-
dũ exceptionis, ſi modò per ſe cenſeant̃, ac nõ cõtractibus ipſis inſint, iuxt. §. quinimò. l.
iuriſgẽtiũ. ff. de pact. Ita interpretant̃ iuriſconſulti edictũ, quod de pactis prætor propo-
ſuit, quemadmodum ſupra uidimus; & in eo edicto loquit̃ prætor de pactis conuentis,
cũ pacta conuenta ſeruaturũ ſe pollicear̃, ut refert Vlp. in l. iuriſgentiũ. §. prætor ait. ff. de
pact. Sed ut nihil nos prætereat, quod ſcitu neceſſariũ ſit, ac cũ ratione omnia tradan
tur, perquirenda ratio eſt, cur ex eiuſmodi pactis prætor exceptionẽ tãtũ præſtet, & non 31
actionẽ. Nã ſi fidei humanę conſentaneũ eſt ea ſeruari, quę inter aliquos placuerunt, ut
inquit Vlp. in l. 1. illo tit. de pact. cur non permittit prætor ea, quæ promiſſa ſunt peti
poſſe? Aut ſi nõ permittit, quomodo in hoc æquitati non aduerſat̃? Nam certè Vlpian⁹
quo magis fidei ſeruandæ æquitatẽ extollit, eo magis uidet̃ prętorẽ damnare, qui æqui-
tatẽ illam præſidio ſuo deſtitutã reliquerit. Nam ſi natura debitũ eſt, quod nudo pacto
promiſſum fuit, ut uidet̃ ipſe ſentire, atq; illud re ipſa me conſequi ęquũ eſt, cur prætor
qui naturalẽ æquitatẽ præ oculis habet, ex eo actionẽ non concedit? Si uerò debitũ nõ
eſt, cur concedit exceptionẽ? Quãdoquidẽ ſubtilis hæc diſtinctio inter actionem, & ex-
ceptionem ab illa naturali ſimplicitate, quam profitetur prętor, nimis uidetur abhorre-
re. Huius rei rationem noſtri interpretes minimè (ut mihi uidetur) aſſequuti ſunt.
Ac cæterorum auriga Bart. in l. iuriſgentium. §. prętor ait. ff. de pact. quid hac in re 32
concludat, fatetur ſe prorſus ignorare. At ex ijs quæ nos docuimus facillimè hæc ra
tio deſumi poteſt, quæ uſqueadeò (niſi fallor) non modò uera, ſed etiam neceſſa-
ria eſt, ut ſi ſecus prætor ſtatuiſſet, non poſſet non iniquiſſimus haberi; Eritq; huic
ipſi rationi locus, non tantùm in pactis nudis, ſed etiam in alijs omnibus materijs, in
quibus exceptio tantùm, & non actio conceditur. Ego igitur in concedenda uel actio-
ne, uel exceptione tantùm non illud ita ſimpliciter ſpectatum fuiſſe arbitror, an æ-
quitas adſit, ſed quatenus adſit, & utrum ex altera tantùm parte, an uerò ex
utraque. Quod rectiſſimè intelligemus, ſi exempla conſiderabimus ſuperius à no-
bis adducta, ac ſimul applicabimus ad nuda pacta, quę de ipſis tradita fuere. Di-
ximus cum dotem acceptam non commodè maritus poſt ſolutum matrimonium reſti-
tuere

tuere poteſt, quãuis, ſi id faciat, rebus ad uitæ uſum neceſſarijs ſeipſum fraudaturus ſit, ęquum tamen eſſe,ut,uel cum maximo ſuo incõmodo,quod debet reſtituat.Sed contrà æquitatem nõ pati,ut egentem maritum importunè uxor ad ſolutionem urgeat. In hac ſpetie ratio mihi uidetur eſſe in promptu propter ea,quæ diximus,cur exceptio tantũ, &
33 non actio cõpetat,nã quia mulieris petitioni æquitas nõ ſuffragatᷓ,ideò ipſi mulieri actio non cõceditur.l.maritũ.ff.ſolut.matrim.At quia eiuſdem æquitatis ratio poſtulat, ut maritus,uel cum incõmodo ſuo,ſoluat,propterea,ſi iam ſoluerit,& uelit ſolutũ repetere,exceptione meritò repelletur, iuxta l. nam & maritus.ff.de condict.indeb. Quandoquidẽ eadẽ illa æquitas (& hoc diligenter attendendũ eſt) quę maritum, ut ſolueret monebat, poſteaquàm is iam ſoluit,& uult repetere,hanc repetitionẽ iniquam reddit, ita ut exceptione illam repelli ęquiſſimum ſit.Nequaquàm ergo pugnant hæc duo,ſed optimè ſimul conueniunt,ut mulieri agere æquitas non permittat, & tamen eidem permittat excipere. Non rectè poteſt mulier agere, neque ipſius petitioni naturalis ratio ſuffragatur, quia æquum non eſt,id mulierem facere, unde is qui paulò antè maritus fuerit, ad egeſtatem redigatur, Attamen rectè mariti repetitionem exceptione repellet, quoniam iſte repetendi actus à marito proficiſcitur; at ipſi quoque marito in hoc æquitas aduerſatur, quæ ſicut anteà ad ſolutionem illum hortabatur, ita ſolutione ſequuta,iniquam eius repetitionem facit; Quare meritò inductum eſt,ut hæc repetitio tanquàm omni æquitate deſtituta mulieris exceptione infirmetur, ac planè irrita reddatur. Hac eadem ergo ratione & in pactis rectè dicemus eſſe conſtitutum, ut licet actionem non pariant, pariant tamen exceptionem, imò neque aliter ſalua æquitate conſtitui potuiſſe. Etenim cum de nudo pacto agitur, quanuis ei cui promiſſum eſt, non uſqueadeò æquitas faueat, ut rectè ad ſolutionem poſſit promiſſorem urgere (qua de cauſa regulariter nec iure ciuili, nec iure prætorio ipſi actio conceditur) ſemper tamen illi,qui promittit,æquitatis, honeſtatisq; ratio præcipit, ut fidem datam ſeruet. Quapropter,ſi ſe non petiturũ quod ſibi debitum erat,nudo pacto quiſpiam promiſerit, poſteà ex primo contractu pe
34 tat, æquitas illa, qua is monetur fidem nudo pacto datã ſeruare,ipſius petitionem iniuſtam reddit;quo fit,ut ea tanꝗ iniuſta inefficax ſit,ac propterea exceptione meritò repelli poſſit.Quæ ratio ſẽper uiget,etiã ſi pactũ ex interuallo fuerit ſubſequutũ. Hac de cauſa ergo uidemus pactũ etiã ex interuallo prodeſſe debitori,& parere exceptionem,cũ tñ ex parte creditoris contractui nõ cẽſeatᷓ ineſſe, & ad actionẽ uel inducẽdã, uel augẽdã nihil prodeſſe poſſit,niſi incontinẽti fuerit contractui adiectũ, ita ut tanꝗ pars contractus cẽſeri poſſit, cũ alioquin ex nudo pacto actio oriri non poſſit, quod totũ rectè explicat
35 Vlp.in d.l.iuriſgẽtiũ.§.quinimò.ff.de pact. Qua ex re optimè intelligitur,quid ſibi uoluerit Vlp. in l.1.ff.de pact. cum dixit prætorẽ in illo edicto ſequutũ eſſe naturalẽ æquitatẽ, quãuis ex pactis prætor nõ tribuat actionem. Nam quãuis à me ſeruari ęquũ ſit id quòd mihi placuit,hinc tñ nõ rectè inferᷓ,ut ex promiſſione nudo pacto facta conueniri poſſim,ſed illud tãtũ,ut ſi fortè eueniat ex ijs rebus me aliquid petere, de quibus cõuẽtũ
36 eſt,exceptione repelli poſſim. Ex hoc ẽt habemus illius edicti utilitatẽ,quã noſtri interpretes,ac recẽtiores ꝑſertim tãto ſtudio hîc inquirũt;Nã cum iure ciuili pacta nuda quæ nec ſtipulationis ꝑſidio munita erãt,nec trãſibãt in propriũ nomen cõtractus,prorſus eſſent inefficacia,Prætor ex ijs exceptionẽ pollicitus eſt. Ac licet de exceptione nullã fecerit mẽtionẽ,ſed ſimpliciter ſe pacta conuenta ſeruaturum edixerit, hæc tamen reſtrictio neque ab ipſius ſententia, neque etiam à uerbis aliena eſt; Siquidem pacta conuen-

ta quæ alicui contractui adijciuntur, de quibus ipse in eo edicto loquitur (ut satis osten dunt exēpla ad eius edicti explicationē toto illo titulo adducta) non iure actionis, sed tātum exceptionis proponi solent. Itaq; prætor qui ope exceptionis ea seruaturus erat, hoc est quatenus ęquitas postulat, rectè potuit ita simpliciter se pacta seruaturū polliceri, cum ea in modum exceptionis proponi soleant, neque alio modo salua æquitatis ratione seruari potuerint. Fuisse autē à prætore primū inductam hāc exceptionē, quæ oritur ex pacto de non petendo perspicuè ostendit Antoninus in l. creditori. C. de pact. ubi creditorē qui partē tantùm pecuniæ debitæ exoluit, cum ipsi alterius partis non petendæ promissio nudo pacto facta fuisset, dicit partim iure ciuili, & partim iure honorario liberatū esse; iure quidē ciuili propter solutionē, iure autē honorario quomodo liberatus sit, ostendit his uerbis. Nam exceptio (inquit) perpetua pacti conuenti, uel doli residui petitionē repellit. Ita fit, ut huiusce edicti utilitas minimè obscura sit; Quāuis neq; etiā posset hoc edictū tāquàm superfluū dānari, uel si poneremus hanc ipsam exceptionē pacti de non petendo, iure ciuili proditam esse. Nam cum de ijs quoque conuentionibus, quę iure ciuili efficaces sunt, edicta prætor proposuerit, ut habemus in tit. cōmodati, in tit. locati, cum simil. idq; iuris ciuilis quasi confirmādi gratia, iuxta l. ius ciuile. §. 1. ff. de iust. & iur. nequaquàm absurdū deberet iudicari, quòd cōuētiones illas, quæ non transeunt in propriū nomen contractus, hoc uno titulo de pactis complexus esset. Sed hæc defensio (ut uidimus) non est necessaria. Nūc eò reuertamur, unde digressi sumus, & uideamus deinceps, num prætor quippiam præstiterit quantum ad illa quoque pacta, quæ per se censentur, nec præcedentem aliquem contractum respiciunt. Non possumus dicere ex his pactis saltem regulariter exceptionem dari, quia cum ponamus, nullum præcedere contractum ex quo agi possit, reliquum est, ut neque etiam exceptioni locus sit. Veruntamen si fortè is, cui promissum est, rem sibi promissam accepisset, posset repetentem exceptione repellere, sicuti exceptionem quoque posset opponere, si ex alio contractu conueniretur, iuxta l. etiam. ff. de compens. Idq; propter eam rationem, quam in pacto de non petendo proximè assignauimus. Hoc unum est, quod de pactis nudis generatim potuit prætor decernere, nempè ut is cui nudo pacto promissum aliquid fuit, exceptione illius pacti tueri se possit. Quod attinet uerò ad petitionem, tametsi potest interdum euenire, ut petitioni quoque æquitas faueat, tamen quia in pactis nudis (post inuentam præsertim stipulationem) utplurimum secus contingit, ideò nec uoluit, nec debuit prætor pro nudis pactis perpetuò, imò nec regulariter (ut ita dicam) actionem polliceri, quanuis pro pacto de constituto illam polliceatur, cui tantùm inesse æquitatis iudicauit, quantum satis esset ad agendum toto tit. de consti. pec. Verùm quia (ut est humanarum actionum uarietas) possunt multa concurrere, cur illius quoque petitionem admitti æquum sit, cui nudo pacto promissum aliquid fuerit, propterea prætor, ubi ea concurrant, concedit actionem, nec tàm concedit ratione conuentionis, quæ per se alioquin (ut dictum est) inefficax esse solet, sed propter circunstantias illas, quę factum ipsum conueniendi concomitantur, unde actio, quę eo nomine cōpetit, actio in factū rectè appellatur. Veluti si is fortè cui nudo pacto promissa fuerat pecunia, fundū esset redēpturus, quē ob fidē non seruatā lapso tēpore redimere nō potuerit. Quod multò etiā expeditius est, cū promissoris fortè dolus deprehendi potest, tūc.n. (ut supra diximus) dat p̄tor actionē de dolo. l. elegāter. §. seruus pactionis. ff. de dol. ex qua lege ait ibi Bart. totā pactorū materiā limitari. Idēq; no. Bal. in l. cū mota

37 (margin, beside "quæ oritur")
38 (margin, beside "Non possumus")

in 3.

39 in 3.col.C.de trãsact. Ang.in cõs.1.& Alex.in l.iurisgētiū.ff.sed cum nulla.ff. de pactis.At etiam ubi dolus abest,ita ut nihil planè generaliter decerni possit, prætoris tamen præsidium non prorsus deest, cum ipse tunc in singulis speciebus ex personis, & causis conuentionis æquitatem metiatur, atque idem planè seruet, quod seruasse Reges credibile est, qui anteaquàm per regulas generales iure ciuili aliquod constitutum esset, uariè pro ipsorum arbitrio in singulis factorum euentibus ius dicebant. Hoc ipsum uerò & à prętore seruari docet Vlpianus in l. ult.supra titu. prox: cui cum species conuentionis quædam parum distinctè fuisset proposita, ita ut ipsius æquitas obscura esset, ita se respondisse ait. Respondi ex personis,causisque eum cuius notio sit ęstimaturum, an actio danda sit. De actione nimirum prætoria in factum intelligit, de qua pariter mentio habetur in l.iurisgentium in prin.ff.de pactis & in l.inter socerum §. conuenit.ff. de pactis dotalibus, ubi Paulus Non seruata(inquit) fide conuentionis, licet directa actio nulla competat, utilis tamen in factum danda est. Itaque fit (& hoc diligenter notandum est) ut
40 pręter actiones prætorias in factum edictales, hoc est eas quas generali edicto prætor pollicetur, ut in edicto illo Naut. caup. & stabul. cum reliquis eiusdem generis, aliæ sint actiones prętoriæ in factum, quæ decretales dici possunt, ut pote quæ uariè à præto-
41 re ex causis, & personis decernuntur. Qua in re tàm expressam manus Regię quasi effigiem habemus, ut nihil planè aliud sit,in quo clarius ipsius simulachrum cernere possimus. Ex hoc uerò optimè mihi uidetur defendi posse,quod post Innocentium,& Compostellanum tradit Butrius in c.Quæ in ecclesiarum nu. 27.de constit.ubi haud dubitan-
42 ter affirmat hodie quoque nudam conuentionem, licet ex ea iure ciuili agi non possit, ex lato iudicis officio seruandam esse, non secus atque olim iure gentium pro ea manus regia præstaretur; Et quamuis ibi dicat Io. Imol. hoc non admittere forensem causarum usum,nisi adeatur imperator,hoc tamen idem & in alio quocunque principe, qui modò superiorem non agnoscat,haud dubiè receptum est. Quare cum hac de re olim in sacro consilio Neapolitano ageretur,conclusum est quendam Fräciscum de Iungano compellendū esse id præstare quod nudo promiserat,quoniā id æquitas suadebat,sicq; æquitatē potius quàm conuētionis genus spectari oportere. Nec restrictionem illā Imolensis quicquam aduersari existimatum est, qui hanc facultatem tantum imperatori concedit, Quā
43 doquidem ipse quoque Rex in regno Neapolita. cuius Monarca est, iura imperii obtinet ut no.in proæm.constit.Regni,Regis uerò personā sacrum consilium represẽtare cõpertissimum est, quare ex Butrii sententia secundum creditorem iudicatum est, ut refert Afflictus decis. 120. Hac de re multa nugantur hìc recentiores, ac sese mirum in modum inuoluunt,atque id causæ est quia quæ spectant ad naturalem obligationem quomodo.s. ex nudis cõuentionibus illa oriatur, & quomodo efficax sit, nō rectè tenuerunt. Nos uerò hanc Innocentii, Compostellani,ac Butrii traditionem uerissimam esse putamus,non tantum ob eam rationem,quam ipsi assignant,quòd iure gētium nudæ conuentiones ef-
44 ficaces essent, ac manu regia effectum sortirentur, sed etiam quia hisce ciuilibus legibus, quas nobis Iustinianus reliquit,expressim cautum reperimus, conuentionem quoque nudam efficacem esse,quoties ita æquitatē postulare ex causis ,& personis æstimari potest, atque eo nomine actionem in factum utilem decernendam esse d.l.ult.sup. tit.prox.l. Inter socerū §.conuenit.ff.de pactis dotal.Ex quo etiam illud non perperam inferri posse arbitramur, hanc facultatem non supremis tantúm principibus,qui leges cõdere possunt, sed & aliis inferioribus iudicibus concedendam esse.

ARG:

ARGVM.

AN quæ hactenus de ſimplicibus conuentionibus dicta fuere, de reciprocis quoque, ſeu correſpectiuis affirmari poſint. Tum qua ratione etiam in aliis materiis obligationum uires æſtimandæ ſint.

1 In reciprocis conuentionibus eadem obtinent, quæ de ſimplicibus hucuſque tradita fuere.
2 Ex reciprocis quoque conuentionibus oriri exceptionem uerius eſt.
3 Quibus legibus apertiſſimè probetur, in cōtractibus innominatis non dari pœnitentiam etiam ante implementum.
4 Conciliantur ſimul. l. 1. §. Ideò Pædius. ff. de re. permut. & l. Naturalis §. 1. ff. de præſcrip. uerb. quę primo aſpectu maximè inter ſe uidentur contrariæ.
5 Declaratur. l. ſi pecuniam. ff. de condict. ob cauſ. alięque item leges, quę in contractibus innominatis pœnitēdi facultatem uidentur concedere, & infra nu. 11.
6 Non ſatis uidentur Doct. tenere, qua ratione interdum pœnitendi facultas concedatur, dum id cauſę putant eſſe, quod cōuentio correſpectiua ſit.
7 In conuentionibus correſpectiuis, quid potiſſimum ſpectari debeat.
8 Non utriuſque contrahentis utilitas eiuſmodi eſt, ut conuentioni cauſam præbere potuerit.
9 Non niſi iniuſtiſſimè poteſt inſtare, ut ſeruetur conuentio correſpectiua, is cuius commodum initio ſpectatum non fuerit.
10 Ex cuiuſque uoluntate ipſius utilitas æſtimanda eſt.
11 Ex duabus promiſſionibus, quæ inſunt reciprocę conuentioni, illa tātum quę principalis eſt, ſimplicis promiſſionis effectus producit.
12 Galiaula, & Ripa hac in re propius, quàm cęteri ad ueritatis ſcopum acceſſerunt.
13 Quæ dicta ſunt de obligationibus, quæ ex nudis conuentionibus inducuntur, ad alias quoque obligationes omnes rectè accommodantur.
14 Obligatio pupilli, quanuis non quoad ipſum pupillum, tamen quoad aliorū perſonas uires perſpicuè ſuas oſtendit.
15 Fideiuſſor, qui pro pupillo ſoluit, mandati actione ipſum conuenire non poteſt.
16 Rectè nouatur quod à pupillo promiſſum eſt.
17 In Falcidiæ ratione ineunda debitum pupilli cōſideratur, quamuis illud alioquin inefficax eſſet.
18 Quæ ratio ſit cur pro ſeruo ſoluēs nō repetat, itemque pro ipſo fideiubens obligetur, quanuis ſeruus ipſe nullo modo ſit obligatus.
19 Dubitatio proponitur non contemnenda.
20 Ad duos tantùm contractus, nimirum donationem, ac permutationem cęteri omnes contractus aliquo modo referri poſſunt.
21 Negotium quid appellent iuriſconſulti.
22 Quatuor illi articuli do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias, non ſolos contractus innominatos, ſed etiā nominatos complectuntur.
23 Quomodo ex donatione, uariis liberalitatis gradibus inſpectis, plures cōtractus deriuentur.
24 Noua opi. Franc. Connani, qui putat ex pacto nudo donationis actionem non oriri.
25 Non inarguta expoſitio. l. ſi quis argentum, C. de donat.
26 Communis op. de pacto nudo donationis adeò uera eſt, ut ab illa diſſentire ſit potius errare.
27 Ratio, cur cætera pacta quæ continent liberalitatem promittentis, non ſint à lege approbata; quemadmodum pactum donationis, per quod ita dari aliquid promittitur, ut perpetuò apud accipientem ſit permanſurum.
28 Multis in rebus, quas Philoſophi non facilè concederent, legumlatores ſibi conniuendum putarunt.
29 Honeſtius negari poteſt, quod dono petitur, quàm quod alia ratione poſtulatur.
30 Rei, quæ donatur detracto uſufructu, dominium ſtatim abſque traditione in donatarium transfertur.

CAP.

CAP. XX

QVoniam de ſimplicibus tantùm conuentionibus hactenus loquuti ſumus, proximum eſt ut uideamus, nunquid hæc eadem obtineant & in conuentionibus reciprocis, quas noſtri correſpectiuas appellant, cum ſcilicet ab utraq; parte aliquid promittitur. Ac ſic pariter intelligemus, an illæ pariant exceptionem, & an pœnitentiam admittant. Quæ dubitationes ſanè maximę ſunt, omniumque maximè noſtros interpretes fatigarunt: Et quanuis inter alios Fulgoſius & Cumanus, quibus nos meritò plurimum deferre ſolemus, ſuas & ipſi ſolutiones afferant, unam Fulg. in l. ſi pecuniam nu. 110. ff. de condict. indeb. alteram Cuma in l. Ariſto. nu. 2. ff. de donat. quas híc referre non eſt neceſſe, tamē eorum utrumq; putamus à ueritatis ſcopo longè aberraſſe, ut ex iis quæ nunc ſtatim dicturi ſumus, liquidò apparebit. Hoc igitur uno uerbo hanc rem totam decidentes eadem planè de reciprocis conuentionibus dici debere exiſtimamus, quę de ſimplicibus conuentionibus hactenus concluſimus. Quare eandem obligationem naturalē, quæ oritur ex conuentionibus ſimplicibus, atq; eodem planè modo ſumptam ex conuētionibus quoq; correſpectiuis oriri credimus, Imò & eoſdē effectus parere, & quoad exceptionem, & quoad pœnitendi facultatē adimendam, ita ut quantum ad hos ipſos effectus idem planè iudicari debeat de quacunque reciproca conuentione, ac ſi utraque ex iis promiſſionibus, quæ in tota illa conuentione continentur, per ſe ſimpliciter, atque ſeorſum facta fuiſſet. Oriri exceptionem ex reciprocis quoque conuentionibus, pleniſſimè
1 iam ſupra probauimus, cum demonſtrauimus hoc neceſſariò ſentire Vlpianum in d. l. iuriſgentium. §. Igitur nuda. ff. de pactis. Quare illud alterum nobis ſupereſt demonſtrandum, non magis ſcilicet in ipſis, q̃ in ſimplicibus conuentionibus pœnitentiā dari. Quod ubi fecerimus, tum afferemus ad hoc breuem quandam, ac dilucidam declarationem, ex qua intelligetur, quomodò accipiendę ſint illæ leges, quæ primo aſpectu contrarium probare uidentur. Probatur ergo hoc primum ex l. quoniam aſſeueras C. de rer. permu-
2 tat. ubi cum ita demum concedat Diocletia. ex pœnitentia condictionem dari, ſi cauſa non ſequatur, propter quam datum fuerat, in eo perſpicuè ſentit, nunq̃ pœnitentiam dari, quoties is cui datum fuit, paratus eſt cauſam implere, ſic. n. inquit. Aditus præſes pro „ uinciæ placitis eum parere, uel ſi cauſam, propter quam fundus datus eſt, ſequi non per- „ ſpexerit, condicionis ratione datum reſtituere, ſicut poſtulat uidebit. Ergo ſi cauſa ſequu- „ ta ſit, propter quam datū eſt, hęc reſtitutio minimè impetrabitur. Eodemque modo perpendi poteſt, quod tradit idem Diocletia. in l. emptionem. C. eo. tit. ubi Si placitis (in- „ quit) citra ſtipulationis neceſſitatem non exhibeant fidem, quantum dediſti, cauſa non „ ſequuta, condicere pro deſiderio tuo potes, optimeque etiā hoc probatur ex l. penult. & ult. C. de condict. ob cauſ. in quibus legibus non aliter permittitur condici poſſe id quod ob cauſam datum eſt, quàm ſi cauſa non fuerit ſequuta, ſiue fortuito id factum ſit, ut in l. penult. ſiue cauſa eius qui tenetur implere, ut in l. ult. Vnde apertiſſimè colligitur, ex pœnitentia condictionem non dari, quoties poteſt impleri cauſa, & eam implere paratus es. Niſi forte alienum tibi aliquid datum, aut promiſſum fuiſſet. tunc. n. liceret pœnitere, non quia patiatur hoc natura conuentionis correſpectiuæ; ſed quia conuentio eo caſu irrita eſt, ut probatur in l. 1. § ideo Pædius ff. de rer. permut. iuncta l. natura
3 lis. § 1. ff. de preſcript. uer. quæ leges alioquin ſimul pugnarent, niſi hac ipſa diſtinctione cōciliarentur, quod ſcilicet vel propria vel aliena res fuerit promiſſa. Sic ergo uidemus,

quoties

quoties non aliena res promiſſa eſt, & cauſa ſequi poteſt, neq; etiam in reciprocis conuentionibus licere pœnitere. Verùm quoniam his omnibus legibus uidetur aduerſari quod dicitur in l. ſi pecuniam.ff.de condict.ob cauſ. alijſq; ſimilibus legibus, in quibus habetur propter pœnitentiam condictionem dari, ut tollatur hæc ἀντινομία planius aliquantò hoc quod diximus explicemus. Diximus utranque ex ijs promiſſionibus, quæ continentur in reciproca conuentione, perinde habendam eſſe, quantum ad hos ipſos effectus, obligationis ſcilicet, exceptionis, & pœnitentiæ, ac ſi non ambę ſimul in eadem includerentur conuentione, ſed ſeorſum per ſe ſimplici pacto factæ, acceptatæq; fuiſſent, Iam uerò ſciendum eſt, hoc ita uerum eſſe, ſi utraque promiſſio principalis ſit, nam alioquin de illa tantùm promiſſione poterit hoc affirmari, quæ principalis eſt, de alia uerò contrarium planè concludendum erit, ut nec pœnitentiam impediat, neque pariat exceptionem, imò nec naturalem ullam producat obligationem. Atque in hunc modum intelligimus. l. ſi pecuniam, legeſq; alias omnes quæ pro hac parte negatiua adduci poſſunt; quæ hoc modo (iudicio meo) nihil planè difficultatis habebunt, Sed illæ propterea noſtros interpretes tantopere fatigarunt, quòd illi non ſatis tenuerũt, qua de cauſa in ipſis pœnitendi facultas concedatur, atque ex eo tantùm fluere hanc 6
pœnitendi facultatem putarunt, quòd conuentio correſpectiua ſit. Id quod nos ipſi planè inficiamur, atque ea ratione tantùm dicimus pœnitentiam concedi, quia promiſſio illius, cui licet pœnitere, principalis non eſt, nec per ſe attenditur, ita ut non idem de illa, ac de ſimplici promiſſione iudicare poſſimus: Videndum porrò eſt, quomodo intelligamus promiſſionem non eſſe principalem, ſic enim rectius cognoſcemus, qua ratione fiat, ut ex qua parte promiſſio non eſt principalis, non oriatur exceptio ex conuentione correſpectiua, at neque naturalis ulla obligatio, quæ poſſit pœnitentiam impedire. Quoties ergo quærimus, utrum conuentio utraque ex parte principalem promiſſionem contineat, ego id non ex eo æſtimari debere arbitror, ſi utriuſque interſit 7
ſeruari quod promiſſum eſt; Siquidem in l.3. §.1. & in l. ſi pecuniam. in princ. & §.1. ff. de condict. ob cauſ. utriuſque intereſt conuentionem ſeruari, & tamen ab una parte admittitur pœnitentia. Puto autem tunc conuentionem reciprocam rectè dici poſſe principalem ab utraque parte promiſſionem continere, quando utraque promiſſio in illa interueniens eſt eiuſmodi, ut ipſi conuentioni cauſam prębere potuerit. Imò uerò tunc tantùm uerè reciprocas conuentiones, ſeu contractus correſpectiui dici poſſe ſtatuo: Animaduerto enim nonnullas eiuſmodi ſpecies reperiri, in quibus uel ſi conuentio commodum utriuſque partis contineat, ita ut firmam eam, & ſtabilem eſſe utrique parti expediat, tamen ab una parte commodum illud tale eſt, ut credibile nõ ſit, illud unquàm conuentioni cauſam dediſſe, aut fuiſſe aliquem qui tali cõmodo ad- 8
ductus, de conuentione illa ineunda primum cogitauerit, ut exemplis apertiſſimis iam ſtatim demonſtrabimus. Atque his ſpeciebus omnibus ob illam, quam paulò poſt aſſignabimus, rationem non iudicarunt iuriſconſulti inconueniens eſſe, ut ob pœnitentiam alterius hoc tu cõmodo priueris, quod conuentioni cauſam non dederit; ſed ſatis tibi proſpectum fore putarunt, ſi nullum tu inde damnum patiaris. Demonſtratur hoc probè exemplo illo ſuperius adducto de l.3. §.1.ff.de condict.ob cauſ. Dedi tibi pecuniam, ut ſeruum manumitteres; Hìc mea quin interſit ſeruum manumitti, dubitari non poteſt, ipſe enim alioquin eo nomine pecuniam non dediſſem, Ac perſpicuum etiam eſt, potuiſſe hoc ipſum, quicquid eſt, quod mea intereſt, huic conuentioni occaſionẽ

præbere.

præbere: At si cõmodum tuũ spectemus, longè secus æstimabimus, nam tua quidem interest seruari hanc conuentionẽ, cum præter pecuniã, quæ tibi manumittendi serui tui causa promissa fuit, in eo ipso seruo iam manumisso iura patroni obtenturus esses. Attamen nemo non uidet, hoc tuũ cõmodũ non eiusmodi esse, ut ex eo originem, atq; occasionem sumere conuentio potuerit, ideoq; promissionẽ de soluẽda tibi pecunia principalẽ non fuisse, sed accessoriã, atque ex accidenti factã illa sola de causa, ne ex eo, quod tu mihi de seruo manumittendo promiseras, damnum aliquod patereris. Siquidem certè non modò imprudens, sed planè stulta petitio tua fuisset, si dari à me tibi pecuniam, ideò petijsses, quòd ob eam proprium te seruum tuum manumissurũ esse promitteres.
9 Quare cũ exploratissimũ sit, primo ipso initio non cõmodi tui gratia nos ita conuenisse, sed eam solam ob causam huic te conuentioni consensum præstitisse, ut mihi gratificareris, mihiq; uni morẽ gereres, nulla profectò æquitatis ratio patitur, ut mihi impedimento sis, quominus mihi liceat pœnitere. Dũmodò enim indemnem te ego conseruẽ, non tu certè debes contra cõmodũ meũ ad necessitatem reuocare id, quod non lucri faciẽdi causa, sed à me rogatus, & ut mihi uni benefaceres, initio probasti. Nam qua ratione quęso, aut quo æquitatis colore me impedies, quominus consilium in melius mutare possim? Propriũne tuũ cõmodum allegabis, ut dicas cõmodius tibi esse, ac fructuosius adhuc me in proposito persistere? At non æquũ facis (ut modò dicebam) si cũ apertissimũ sit, initio te lucrũ nõ spectasse ullũ, sed meũ potius negotiũ egisse, atq; in eo quod me tibi contra promittere uoluisti, indẽnitati tuę tantùm prouidisse, nunc eadẽ ipsa in re uelis ex damno meo tibi lucrum comparare, meq; inuitum ad id compellere, quod nulla alia de causa initio probasti, nisi ut uolũtati meæ morem gereres. Si uerò dicis, mihi quoque id magis expedire, ideoq; mutari consilium non oportere, sed quod utriq; utilius est, id fieri æquius esse. Respondeo non te quærere oportere, quid mihi utilius sit; meum enim, non tuũ hoc iudicium esse, cum & quæ per se utilia sunt, inutilia tamen iudicẽt,
10 si nostræ aduersentur uoluntati, ex qua sola nostrã ipsorum utilitatem æstimari leges iubent, ut l. ult. ff. de usu & habit. Hoc idem perspicuè cernitur & in ea facti spetie, quæ traditur in l. si pecuniam. in princ. nempè cum pecuniam cuipiam dedi, ut pro me Capuã iret; Siquidem is qui pecuniam accepit, non proponitur tabellarius fuisse, qui soleret operas ad id suas locare, ideoq; non potest uideri proprio cõmodo adductus ad eam conuentionẽ uenisse. Neque. n. credibile est, hoc me rogatum à quopiam iri (nisi ex hoc lucrum is facere soleat, cuius rei nulla ibi suspicio est) ut accepta pecunia pro me Capuam eat, cum apertè perspiciatur, id cõmodo tantùm meo fieri. Quocircà non est quod miremur, si in hac quoq; specie statuiẽ licere mihi pœnitere. Viget. n. hìc quoque ratio proximè à nobis adducta, prout & in alijs omnibus speciebus, in quibus alterutra promissio eiusmodi est, ut conuentioni causam, atq; initiũ præbuisse illã credibile non sit; quo casu nunq̃ utraq; promissio principalis est. Itaq; quòd nõ idẽ de utraq; ex his promissionibus iudiceẽ, ac si unaquæq; simpliciter, & seorsum facta fuisset, nõ ex eo prouenit, quia promissio altera alterã respiciat, sed quia eiusmodi cõuẽtionis maximè inter se dispares termini sunt, ut iam demonstrauimus; quo fit ut promissio, quæ principalis non est, nõ
11 rectè simplici promissioni cõparari possit. Quod si pares terminos statuas, ac ponas in reciproca cõuẽtione ab utraq; parte principalẽ ꝓmissionẽ adesse, de unaquaq; seorsum, ac ꝑ se cõsiderata idẽ semꝑ affirmauero & quãtũ ad naturalẽ obligationẽ, & quãtũ ad exceptionẽ, nec nõ & pœnitẽtiã, ac si seorsum unaquęq; facta, & seorsum ẽt simplici cõsensu

acceptata fuiſſet, Imò uerò tunc tantùm reciprocam (ut dixi) ſeu correſpectiuam conuentionem uerè appellari poſſe conceſſero. Hanc puto eſſe ueriſſimam huiuſce nodi explicationem, ad quam nemo ex noſtris propriùs acceſſit, quàm Hier. Galiaula hìc 12
quem & Franc. Ripa deinde ſecutus eſt, dum diſtinguunt, fueritne contractus innominatus gratia unius tantùm celebratus, an uerò gratia utriuſque. Verùm illud cauendũ eſt, ne fortè intelligamus, factum id eſſe gratia utriuſque, quod utriuſque cõmodum cõtineat. Neque enim tàm cõmodum illius, cui promiſſum eſt, attendi debet, quàm illud ſpectandum, an promiſſio ſit eiuſmodi, quæ reciprocæ conuentioni cauſam præbere potuerit: Ita enim quid æquitas, ratioq; naturalis expoſcat, commodiſſimè intelligemus. Iam uerò hæc quæ diximus omnia, dum demonſtrauimus ex ſola æquitate æſtimari obligationem; generaliter accipienda ſunt, non tantùm ſi obligandi modus, ipſumq; genus conuentionis, ſed etiam ſi alia quæcunque cauſa faciat, ut de obligationis uiribus dubitetur; Semper enim à ſolius æquitatis quaſi menſura pendet, ſitne obligatio naturalis, & ciuilis ſimul, hoc eſt ad omnes effectus efficax, & idonea, an naturalis tantùm, naturalem enim appellant utplurimùm iuriſconſulti, quæ ad petendum inefficax eſt, ob eam rationem, quam nos inferiùs afferemus. Conſiderandum eſt igitur
perſæpè fieri, ut cõuentioni quidem ipſi nihil deſit, quominus illa undequaque perfecta 13
ſit, ac pleniſſimè ęquitatem ab utraque parte poſſit continere, ſed ob perſonarum quæ conuenerunt, condicionem minus ex ea conſueti effectus proficiſcantur; Quod quoties contingere uidebimus, non poterimus (iudicio meo) affirmare obligationem ibi deeſſe, atque æquitatem illam, quę obligationis fundamentum eſt; ſed rectiùs dicemus illam quidem ſubeſſe, at ipſius effectus ob ipſorum contrahentium uitium impediri. Cuius rei certiſſimum illud argumentum eſt, quod ſi alias quaſdam perſonas interdum reſpiciant eiuſmodi effectus, qui ex talibus conuentionibus oriri ſolent, tunc illi nequaq̃ impediuntur, ita ut hìc quoque æquitatis, naturęq; uim facilè cernas. Et ut clarior exẽplis tota hæc res fiat, retinebimus exempla illa, quę ſupra diximus poſſe nobis in hac materia negotium faceſſere. Fac pupillum ritè interroganti reſpondiſſe, aut ex emptione, locatione, mutuo, aliauè quacunque cauſa per ſe ad obligandum efficaci promiſiſſe, In conuentione ipſa nullum ſanè uitium reperias, & tamen ex ea ne naturalis quidẽ obligatio oritur (intelligo quando pupillus non eſt factus locupletior, nam alioquin oriretur obligatio, quæ non tantùm indebiti repetitionem impediret, iuxt. l. nam hoc natura iuncta l. præcedenti. ff. de condict. indeb. ſed etiam actionem pareret. l. pupillus. ff. de auth. tut. l. 3. ff. de neg. geſt. l. 3. ff. commodati) ſed ſi locupletior factus non eſt, nec naturaliter, nec ciuiliter pupillus obligatur, ut expreſſim dicitur in l. pupillus ſuprà tit. proxi. & in l. quod pupillus. ff. de condict. indeb. Quare non modò non compellitur ad ſolutionem, ſed nec etiam ſolutum repetere prohibetur, ut optimè colligitur ex d. l. nam hoc natura, & ex d. l. pupillus. Hìc porrò non rectè dixerimus obligationẽ planè deeſſe, neq;. n. pupillus eſt ſimilis furioſo, ſed uerè dicĩt conſentire, & iudiciũ infirmũ illud quidẽ, ſed tñ aliquod habet. l. ult. ff. de manu. uindict. Verũ hæc æquitas, quæ in alijs obligationem ſolet inducere, in pupillo uix apparet, ætatis enim impedimento quaſi uelatur. Quod ſi alia fortè perſona interueniat, tunc dilucidè apparet hæc naturalis æquitas, ac uel in ipſius pupilli perſona perſpicuè ſe ipſam oſtentat. Siquidem 14
fideiuſſor pro eo interueniens obligatur, quod fieri certè non poſſet, niſi iam in ipſo pupillo radicitus (ut ita loquar) naturalis obligatio inſideret. l. ſtichum. §. naturalis: ff. de

ff. de fideiuss. l. si pupillus tit. nostro. Habet uerò hoc totum, quod de pupillo constitutum est, apertissimam rationem. Nam si pupillus etiam quà locupletior factus non est, ad solutionem urgeretur, uel solutum repetere impediretur, iniquum esset ex lubrico ætatis hoc illum affici damno. Atque hęc iniquitas opponit sese illi æquitati, quæ ex fide præstita alioquin oriretur, facitq; ut ne quidem exceptio inde competat, cum nec naturalis ulla obligatio ob idipsum orta fuerit. At cum fideiussor interuenit, cessat ratio huius impedimenti, quod totum in damno pupilli positum erat, propterea quod licet
15 alias fideiussor, qui pro alio soluit, principalem ipsum debitorem mandati actione conuenire possit, non tamen hoc illi conceditur, cum pro pupillo fideiussit, ac soluit. Quare tunc nullius damni periculum pupillo imminet, quod ipsius fideiussoris obligationem impedire possit, & hanc rationem considerat Vlp. in l. marcellus. ff. de fideiuss. cũ inquit. Magis est, ut fideiussoribus non subueniatur, quoniã his mandati actio nõ cõpetat. Itaq; in ipsius quoq; pupilli psona obligationẽ cõsiderari necesse est, qua fideiussoris obligatio nitatur. Ex quo fit ut diuersis rebus inspectis & obligari pupillũ, & nõ obligari rectè affirmare possimus. Quod uerò uideamus, non sicut pro pupillo, ita pro furioso, & prodigo posse fideiussorem interuenire, nobis mirum esse non debet, quia cũ nulla eorum uoluntas sit, ut ait Pomponius in l. furiosi. ff. de reg. iur. fundamentũ planè omne deficit, quod fideiussoris obligationem sustinere possit. Eademq; locũ habebunt etiam si non fideiubendi, sed nouandi causa, alia persona interueniat; Quanuis enim non inducatur nouatio, nisi prius aliqua extet naturalis saltem obligatio, quæ no-
16 uari possit, tamen rectè id nouatur, quod à pupillo promissum fuit. l. 1. in fin. ff. de nouat. Idq; ob eãdem, quam paulò ante adduximus rationem, quia cùm nullum hìc pupilli damnum timeatur, in ipsius quoque pupilli persona detegitur, ac quasi suscitatur illa obligatio, quæ priùs latebat quasi sopita, atque contecta, propterea quod subesse aliquid oportet, quod alterius illius obligationis materia, & fundamentum esse possit. Idem denique concludendum est quoad alios planè omnes effectus, qui pupillo nullũ afferunt detrimentum, ut in ea facti spetie, quam proponit Paulus in l. si pupillus. ff. ad l. falcid. Quod pupillus sine tutore authore testatori promiserat, soluere eum testator iussit, ac legatum accipere, cum id soluisset pupillus, ut secundum testatoris uoluntatem legati condicionem impleret, ac dubitaretur deberetnè ab hærede in falcidiam
17 imputari, respondit Paulus imputari debere tanq̃ debitum hæreditarium, quanuis secus futurum esset, si non tanq̃ debitum, sed implendæ tantùm condicionis causa illud hęres accepisset. Iccircò autem ut debitum considerat quod sine tutore authore à pupillo promissum erat, quia non pupillo, sed soli hæredi ea res detrimento esse poterat: Cum hoc exemplo quod de pupillo adduximus, exemplum illud planè conuenit, cum dominus seruo aliquid promittit, neque enim potest dominus obligari seruo, ut nec seruus ipsi domino obligaretur, non quia non adsit consensus, atque æquitas seruandę fidei, & non ipsa per se conuentio undequaque efficax sit, sed quia ratio illa iurisgentium, quæ patitur seruum domino subiectum esse, eam ipsam seruandæ fidei æquitatem infirmat, ac quasi frangit, atque omnes obligationis effectus, qui modò seruum ipsum respiciant, prorsus irritos reddit. Quare neque ad solutionem dominus compelli potest, nec si iam soluerit, repetere prohibetur; at di-
18 cendum est tectam hanc potius, & sopitam, quàm nullam esse obligationem. Nam si ad alios referatur, in quibus cesset illud impedimentum, effectus suos planè obtinebit,

ut de pupilli obligatione proximè conclusimus. Si quis enim pro seruo meo soluerit id
quod mihi seruus ipse promiserat, contra illum posteà repetentẽ dabitur mihi exceptio;
Item si quis pro seruo meo mihi fideiusserit, obligabitur, ac pariter pignus eo nomine
mihi datum tenebitur. l. naturaliter. ff. de condict. indeb. Verùm offert hìc sese nobis
dubitatio non contemnenda circa hæc ipsa, quæ de obligationum efficacia hactenus 19
conclusimus, quam dubitationem nullo modo duximus prætereundam; Est enim eius-
modi, ut in ea uel doctissimi uiri hæsitare possint, ut quosdam hęsitasse uidebimus. In-
ter cæteras obligationes quas diximus iure ciuili ad agendum efficaces esse, illa quoq;
censetur, cum quis dono rem aliquam dare promisit. l. si quis argentum. §. ult. C. de do-
nat. Sed hìc operæpretium est quærere, qua de causa id factum fuerit, ac quæ sit ratio
huius differentiæ inter pactum donationis, & alia multa pacta, quæ tamen & ipsa libe-
traliatem continent promittentis. Nam aut concedis nudum pactum donationis ha-
bere ex parte utriusque ęquitatem, quæ illud efficax reddere debeat, aut uerò id negas,
si id negas, Iustinianum reprehendis, qui eo nomine actionem tribuit, Quod si con-
cedis, atque eo nomine defendis Iustinianum, ut dicas æquitatis rationem postulare, ut
ex nudo pacto donationis agi possit, utq; ad solutionem possit urgeri, qui ex mera li-
beralitate promisit, Quæro cur non idem sit in alijs nudis conuentionibus, quę promit-
tentis liberalitatem continent, ideoq; donationis speciẽ prę se ferunt, & cur ijs minus,
quàm nudo pacto donationis æquitas faueat. Quandoquidem ad efficaciam obliga-
tionum præter æquitatem nihil aliud spectari iam demonstratũ fuit. Anteaq̃ huius
obiecti solutionẽ afferamus, ut planiùs aliquantò intelligatur, quomodò cætera quoq;
pacta donationis speciem (ut diximus) præ se ferãt, considerandum est, duo esse potissi- 20
ma conuentionum genera, ad quæ reliquæ conuentiones omnes congruenter referri
possunt; Aut enim referuntur ad permutationem, aut ad donationem. Ad permutatio-
nem referuntur quæ non gratuitò, sed ob aliquam causam fiunt, sicq; negotiũ aliquod
continent. Ad donationem uerò, quæ fiunt gratuitò, ut & Franc. Cõnanus lib. 5. cap. 2.
rectè animaduertit, sentitq; hoc perspicuè Vlp. in l. Aristo. ff. de donat. ubi ex
“ Aristonis sententia ita inquit: Aristo ait, cum mixtum est negotium cum donatione, obli
“ gationem non contrahi eo casu quo donatio est. Donationẽ appellat, quatenus actus
gratuitus est, negotium uerò quatenus fit ob causam, & permutationem continet, quod 21
ipsum exemplo illo declarat. Seruum dedisti mihi, ut post quinquennium illum manu-
mitterẽ, ait Vlp. ante quinquenniũ donationem esse, quia hoc tempore nihil à me inui-
cem præstandum est, post quinquennium uerò negotium appellat, quia causam manu-
missionis habet. Itaque sentit quæ non gratuitò fiunt, ad permutationem referri (neq;
enim aliud potuit intelligere cum dixit negotium) quæ uerò gratuitò fiunt ea sta-
tuit sub donatione quodammodo contineri. Rectè igitur ad permutationem po-
terimus referre illos quatuor articulos, quorum meminit Paulus in l. naturalis. ff.
de præscript. uer. nempe do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut fa-
cias; Quibus articulis continentur conuentiones, & contractus omnes, non tan- 22
tùm innominati (ut pleriq; ex nostris stultè arbitrantur) sed etiam nominati. Nam
si rem dedero, ut tu des pecuniam, uel è conuerso, emptio est, si dedero pecuniam, ut
fodias in agro meo, erit locatio, si mandatu tuo aliquid fecero, ut tu quoque facias
quod tibi mandauerã, rectè poterit dici mãdatũ, ut docet Paulus in tota illa l. naturalis;
at nos de his in pręsentia non loquimur. Contra uerò gratuitos cõtractus ad donationẽ
posse

23 posse referri res ipsa perspicuum facit. Nam cũ liberalitatis multi gradus esse cernant, nõ
semper ex liberalitate promittentis inducitur ille contractus, quem peculiari nomine di-
cimus donationem. Quandoquidem nõ semper rei nostræ perpetuò damus dominium;
At inducitur uel mutuum, cùm scilicet ad tempus datur aliquid, ut idem genere redda-
tur; uel commodatũ, cum rei usum gratuitò concedimus; uel mandatum, cum operam
nostram absque ulla mercede pręstamus; vel denique depositum, cum in re alterius con-
seruanda nostram gratuitò diligentiam exhibemus. In quibus omnibus conuentionibus
semper aliquid subest, quod donationi meritò tribui possit, atq; inde uarii cõtractus indu
cuntur, prout ea inter se uaria sunt, quæ ex nostra liberalitate proficiscuntur. Quod cum
ita sit, ex hoc certè sequitur, cum de mutuando, uel commodando paciscimur, hęc, atq;
alia eiusmodi pacta, quæ liberalitatem continent promittentis, non absurdè inter pacta
donationis recenseri posse. Hinc ergo nostra oritur dubitatio, cur scilicet ius ciuile non
hæc quoque pacta fecerit efficacia, quemadmodum illud fecit, quo rei nostræ dominium
perpetuò promittimus, imo cùm in his minus grauetur promissor, qui ad tẽpus dare pro-
misit, facilius admittendum esset, ut ad solutionem urgerẽ. Huius diuersitatis rationẽ
(quæ certè primo aspectu difficilis admodum uidetur) frustra inquireremus, si Francisci
24 Connani de donationis pacto sentententiam sequeremur. Putat ipse lib. 5. commenta-
riorum iuris ciuilis cap. 9. nudum pactum donationis nunquã ad agendum efficax esse,
nisi ipsi ex his tribus adminiculis unũ accesserit, quo roborari possit; nempè aut traditio,
aut stipulatio, aut insinuatio: Nec quicquam cum mouet constitutio illa Iustiniani in l. si
quis argentum. §. ult. C. de donat. Ipse enim eam legem sic interpretatur, ut Iustinianus
ibi cum ex donationibus nudo pacto factis agi posse permittit, non de omnibus passim
donationibus loquatur, sed de illis tantùm quæ apud acta insinuantur, ac propter eà fir-
miori cùm probationis, tùm esse æquitatis fundamento innituntur. Itaque pactum nu-
dum donationis, quod insinuatione caret, non secus, ac cætera omnia nuda pacta ad
agendum inefficax esse statuit. Plurimum certè huic sententiæ illius legis uerba suffra-
gari uidentur, quæ dum nudo pacto donationis præbent efficaciam, in eo ipso uiden-
25 tur publicorum actorum authoritatẽ desiderare. Siquidem Iustinia. in §. sinautem dona
tor, uers. sinautem amplioris summæ. de iis donationibus incipit agere, quæ legitimam
summam excedunt, & inquit. Sinautem amplioris summæ, tunc ad acta publica decurra
tur, ita ut in iis, quæ amplioris sunt æstimationis, secũdum nostram legem non in totum,
sed solum superfluum euanescat. Quare cum ipse posteà in §. ult. illi donationi necessi
tatis robur affert, quę tùm stipulatione, tùm traditione caret, eosdem planè uidetur termi
nos retinere, & consequenter de illa tantùm donatione uidetur loqui, quãm apud acta
fieri debere paulò ante tradiderat, eoque maximè, quia post præstitam donationi effica
ciam subiicit hæc uerba. Monimentorum obseruatione in his modis, secundum quod spe
tialiter à nobis in eiusmodi casibus prædictum est, obseruanda. Quapropter si huius le-
gis uerbis adducti cum Connano cõcedamus, pactum donationis à cæteris nudis pactis
26 nihil differre, frustra huius differentiæ rationem inquiremus. At nos constanter affirmari
pòsse putamus & Connanum errore labi, & cęteros, si qui modò erunt, qui hanc opi-
nionem tueri uoluerint. Communis enim sententia tàm apertè probatur ex §. Aliæ inst.
de donat. ut ab ea recedere, errare potius sit, quàm dissentire. Nam cum ibi ita exordia
tur Iustinianus, donationes tunc statim perfici, cum donator uoluntatem suam scriptis
aut sine scriptis manifestauerit, quis affirmare audeat, in donatione publicorum actorum
authoritatem

authoritatem deſiderari? Quod tantò minus dicẽdũ eſt,quia de inſinuatione paulò poſt
ita loquitur, ut illam ſe uerſic. præcedenti nullatenus conſideraſſe apertè demonſtret.
Huc accedit,quod ſuam hanc conſtitutionem Iuſtinianus eo declarat exemplo, ut dicat
ſe ad exemplum uenditionis ipſi quoque donationi neceſſitatem ineſſe uoluiſſe. In uen-
ditione autem compertiſſimum eſt,nullam inſinuationem requiri.Sicq́; uidemus Iuſtinia
nũ hac ipſa de re apertiſſimè loquutum eſſe. At uel ſi maximè ipſius uerba obſcuritatis
aliquid haberent, Theophilus tamen eodẽ in loco tàm apertè hoc ipſum explicat,ut nul-
lum planè dubitationi locum relinquat. Itaq; recepta hac communi ſententia,quam om
ninò recipiendam eſſe demõſtrauimus,ex nudo ſcilicet pacto donationis actionem oriri,
uidendum eſt,quæ cauſa ſit, cur non ut cætera pacta nuda, pactum quoq; donationis in-
efficax ſit. Verã ego cauſam eſſe arbitror,quia ratio propter quam ſupra concluſimus pa 27
cta nuda eſſe inefficacia, non æquè urget in pacto donationis;prout communis experien-
tia facile unumquemq; docere poterit. Videmus perſæpè fieri, ut uel propinqui, uel ami-
ci,aliiuè quicunque à nobis ea poſcant, quæ uel ſi præſtare ſine maximo incommodo
non poſſimus, tamen nec poſſimus illa denegare, quin agreſtes habeamur,atq; in urba-
ni, atq; etiam interdum à nonnullis (ut eſt multorum importunitas) nimis odioſè obtrũ-
damur; Quare cogimur ſæpe numerò poſtulãtium uotis annuere; quod tamen eo animo
plerunq; facimus,ut mox inuenta cauſa poſſimus eadem ipſa colore aliquo recuſare. Vt ſi
promiſerim equum in certam diem me tibi commodaturum,poſtea dicere potero fortui-
tò contigiſſe,ut mihi tabellarius ea ipſa die Neapolim mittendus eſſet, Aut ſi pecuniã mu
tuo me tibi daturum promiſerim, potero deinde eo nomine me tibi purgare, quod dicã
illa ipſa pecunia ædium mearum uitio mihi occurrendum fuiſſe, quæ poſt illud tempus ri
mas agere cœperint. Rectè ne,an perperã id facturus ſim, Theologorum cognitio ſit,aut 28
Philoſophorum qui de officijs,ac de moribus pcepta tradũt, Legumlatores certè hac in
re conniuendum eſſe arbitrati ſunt,nec promiſſa omnia uoluerunt neceſſariò exigi poſſe.
Siquidem uidebãt petitori ob prædictam maximè cauſam non ſemper ſuffragari æqui-
tatem,à qua ſola obligationum uires æſtimari pleniſſimè ſupra demonſtratum eſt. At
longè aliter res ſeſe habet, cum rem quampiam me ita daturum tibi promitto,ut illa per
petuò apud te futura ſit; nam verè hoc caſu dicere poſſumus mihi liberum fuiſſe nõ pro
mittere. Neque enim cauſa,quam proximè adduximus,ad id me impellere potuit, cum
perraò tàm impudens aliquis reperiatur, qui rei meæ dominium gratuitò in ſe transferri
poſtulet; quoties verò id contigerit,potero ego ſemper ſaluo officio poſtulata denegare; 29
Quapropter ſi non denegauero, ſed potius ea promiſero,quę mihi initio non promitte-
re liberum fuerit, non potero exiſtimari fraude carere, ſi poſtea excuſationes afferam,
cur fidem datam implere recuſem; Eoq́; maximè, quia cum dico, me aliquid tibi dona-
re uerbum illud donare non uidetur (ut ita dicam) merè diſpoſitiuum,ſed habet in ſe ne
ſcio quid exequutionis. Siquidem cum primum donare me dixi, iam ſtatim uideor, quã
tum in me eſt,rem illam,quam donaui,à me abdicaſſe,ita ut niſi illa iuris regula aduerſare
tur, quæ prohibet dominiũ abſq; traditione transferri, illico eius rei dominium in te trã
ſiret, ſicuti tunc tranſit, cum ſola proprietas abſq; uſufructu donatur, quia eo caſu prædi
cta regula non obſtat,d.l. ſi quis argentum.§. penult. Itaq; quo te maiorem in ſpem, ip- 30
ſique effectui propiorem adduxi, eo minus ęquitas patitur,ea te ſpe fraudari,ac quaſi ex-
cogitatis artibus à me deludi. Videtur hæc mihi ratio eiuſmodi eſſe, ut uel ſi nullius legis
authoritate poſſet comprobari, omninò tamen recipienda eſſet; Verùm ut in illa prorſus
acquieſcam,

acquiescam, neque aliud planè quęrendum existimem, facit Iustiniani testimonium, quē uideo in d. l. si quis argentum .§. ult. hanc solam rationem considerasse. Cū .n. (inquit) " in arbitrio cuiuscunque sit, hoc facere quod instituit, oportet eū uel minimè ad hoc pro- " hibire, uel cum ad hoc uenire properauit, non quibusdam excogitatis artibus propositū " suum defraudare, tantamq; indeuotionem quibusdam quasi legitimis uelamentis prote- " gere. Est uerò operæpretium ibi animaduertere, quā studiosè Iustinianus inquirat quid æquitati, atq; rationi naturali consentaneum sit, apertè indicans, ex eo solo fonte obligationum regulas omnes deriuari.

A R G V M.

QVid nobis spectādum sit, ut cognoscamus, quādo uel obligationis simpliciter, uel naturalis obligationis nomen conueniat illi æquitati pręstandæ fidei, quā pluribus modis posse accipi, hucusq; demonstratum est.

1 Quanuis ut plurimū, non tamen semper tractari prius debent, quę ad nominis significationem attinent.
2 Maximè propriè naturalis obligatio dicēda est, cui ex parte utriusque æquitas inest.
3 Conuenientia iuris ciuilis, & naturalis.
4 Naturalis obligatio ex hoc potissimū æstimatur, si eius nomine actio competat.
5 Obligatio quæ retentione tantùm prodest, minus propriè obligationis nomē meretur.
6 Leges quæ negant ex nudo pacto oriri obligationē, de propria obligatione loquuntur.
7 Et esse, & non esse alicubi obligationem non absurdè dicimus.
8 Reprehenditur Franc. Connanus in eo quod putat pacti exceptionem, ac retentionē naturali obligationi tribui oportere.
9 Cur obligatio appelletur æquitas etiam illa quæ ad petendum non satis sit.
10 Obligatio ad remunerandum nullos regulariter effectus producit.
11 Ratio, cur frequentius naturalis obligatio appelletur, quam minus propriè naturalem obligationē esse dem ōstratū est.
12 In obligatione inefficaci quicquid inest roboris, totum illud naturale est.

CAP. XIIII.

DE naturali æquitate qua perficiuntur obligationes, ita hucusq; loquuti sumus, ut nihil quod hac in re cognitu necessariū esset, prętermissum à nobis fuerit. Quoniā uerò in hac tota disputatione demōstrauimus, ęquitatis uarias esse mēsuras, posseque illam qnq; magis, quandoq; minus uigere, ac uel ab una tantùm, uel ab utraq; parte interuenire, Reliquum est ut uideamus quando huic ipsi æquitati uel obligationis simpliciter, uel naturalis obligationis nomen conueniat, quod nisi intelligeremus, non rectè possemus difficultates explicare à nobis anteà propositas de illis obligationibus, quæ ex
1 nudis conuētionibus tùm simplicibus, tùm correspectiuis oriuntur. Quanquam uerò ante omnia tractari soleant quę ad nominis significationem attinent, tamen secus hìc faciēdum fuit; Fuit enim anteà cognoscendum, quàm uariè æquitas sumatur eo ipso quod obligationes constituit, et quomodo illa in singulis conuentionum generibus accipienda sit, cū ex hoc fieri possit, ut uel magis, uel minus propriè obligationis nomē mereat. In
2 primis ergo cōcludēdū existimo propriè illā dici nō modò obligationē, sed etiā naturalē obligationē, cui ex utraq; parte eo quo supra docuimus modò naturalis æquitas inest, Et

quæ

quę ꝓptereà iure ciuili ẽt ad agẽdũ efficax eſt, ita ut quoties ex aliqua obligatione actio, competit,certiſſimum hoc putemus eſſe argumentum,ex quo uerè,proprieq; obligationem illam eſſe cõcludamus; Cum minimè dubitandum ſit(ut fusè explicauimus in lib. de lege, iure,& æquitate) quin leges ciuiles eum præſertim ſibi ſcopum proponãt,ut naturale iuſtum,quantum in ipſis eſt,& imitentur,& tueantur. Id quod etiam ſemper aſſequuntur, niſi quatenus ob probationum difficultatem(ut iam ſæpius dictum eſt)iuris ciuilis præſumptionem à ueritatis ſcopo contingit aberrare. Quod impedimentum ubi nõ adſit,dubiũ nõ eſt ſemper legumlatores eas obligationes quammaximè approbare, atq; 3
ad agendum efficaces reddere,quæ quammaximè naturales ſunt, atq; æquitatis naturalis præſidio ab utraq; parte muniuntur. Neque porrò hac ſola ratione mouemur,ut quæ magis efficaces ſunt,magisq; naturali æquitate nituntur, eas magis naturales obligationes appellemus,ſed ẽt iuriſconſultorum authoritate. Tradit hoc perſpicuè Vlp. in l. natu-
« rales ſup.tit.ꝓxi.cũ inquit:Naturales obligationes nõ ex eo ſolo æſtimanṫ,ſi actio aliqua
« earũ nomine cõpetat, uerùm ẽt cũ ſoluta pecunia repeti nõ poteſt. Cum dicat Vlp. natu- 4
rales obligationes nõ ex hoc ſolo æſtimari,perſpicuè oſtendit,ſaltẽ hoc præcipuũ eſſe ex quo id æſtimemus, cum ſcilicet earũ nomine actionẽ cõpetere uidemus, tãtò magis quia dictio illa implicatiua id quod minus dubitabile eſt,ſemper includit l. 1. cum ſim. C. qui admitti. Eadem hæc uerba ex Iuliano referũtur in l.fideiuſſor 1.§.naturales.ff.de fideiuſſ. In qua lege illud amplius habetur, naturales obligationes,quæ repetitionem tantùm impediunt, nec ſatis ad agendum ęquitatis habent, non propriè obligationes eſſe, ſed per abuſionẽ tantùm ſic appellari,Id quod optimè etiam probatur & l. In iis §. imperator.ff. 5
de ſolut. ubi dum Vlpia. indebitas uſuras appellat,quæ ex pacto naturaliter tantùm de-
« bentur,apertè oſtendit eam non propriè obligationem eſſe. Quod ſoluitur(inquit) in
« uſuras,ad utranque cauſam uſurarum tàm debitarum,quàm indebitarum pertinet, puta
« quædam ex pacto naturaliter debebantur. Probatur hoc denique ex illis omnibus legibus,quæ abſolutè negant ex pacto nudo, nudouè conſenſu oriri obligationem, ut ex l.iuriſgentium.§.quinimò & §.ut puta.ff. de pact. & l. 1. permutatio. ff. de rer. permuta. Ex quibus licet intelligere obligationem, quæ oritur ex pacto nudo, uerè, propriéque non mereri nomen obligationis, neque obligationis appellatione contineri, ubi de ea ſimpliciter mentio fiat. Veruntamen ipſa quoque naturalis obligatio appellatur, ut in d. §. Imperator. quare cum negatur eſſe obligatio, in potiori ſignificatione obligatio accipitur. Quę uerò leges negant ex nudo pacto oriri obligationem 6
ita omnes accipiendæ ſunt,ut de uera,ac propria obligatione loquantur.Sic fit,ut quę repetitionem tantùm impedit æquitas,eam & eſſe & nõ eſſe obligationem rectè dicamus. 7
Idemque eſſe ſupra uidimus, cum ad pupillum obligatio refertur. Nam pupillum non obligari probatur in l.quod pupillus.ff.de condict. indeb. & in l.pupillus ſupra tit. prox. Quod & de ſeruo probatur in l. nec ſeruus. ff.de pecul. & in l. in perſonã. ff.de regu.iur.Cõtra uerò eoſdem iſtos obligari probatur in l. naturaliter. ff.de condict.indebi. in l.1.in fine.ff.de nouat. in l.ſi pupillus. ff. ad l. Falcid. in l. cum illud §. hæres. ff. quando di. lega.ced. in l. in numerationibus. ff. de ſolut. in l.ult. ff. de iureiur. in l. ſi eius. ff. ad l. Falcid.Itaque non uereor, quin errore labatur Franciſ.Cõnanus qui retẽtionis,atq; exceptionis effectus negat naturali obligationi tribui oportere, ſed aliis cauſis eos aſſignare conatur. In hoc enim & Iuliano, & Vlpia. perſpicuè aduerſatur, qui ex hoc quoq; 8
naturalem obligationem æſtimari uolunt, ſi pecunia ſoluta repeti non poſsit d. l. natu-

rales

9 rales sup. tit. prox. & l. fideiussor 1. §. naturales.ff. de fideiuss. Cur obligatio appelletur ęquitas etiam illa, quæ actionem non parit, ratio in promptu est, quia cum ipsa quoque in iure consideretur, ac iuris effectus aliquos producat, exceptionis scilicet, ac retentionis, consentaneum fuit, ut præter æquitatis, ac iustitiæ specialius aliud nomen sortiretur. Nomina autem ab effectibus ipsis, utplurimum desumuntur, cuiusdam ratione similitudinis. Quare cum hæc quoque ęquitas eo ipso, quod exceptionem, ac retentionem parit, nos ipsos quodammodò alliget, nullum aptius, quàm obligationis nomen sortiri potuit. Eadem hac de causa poterit etiam dici obligatio quæ ad exceptionem, retentionemq; nihil prodest, dummodò aliquo naturæ uinculo nos adstringat. Nam (ut omittam serui, pupillique obligationem, quam si non eosdem prorsus, at aliquos saltem iuris effectus habere posse demonstrauimus) certè constat æquitatem illam, qua monemur benefacientibus benefacere, neque hos, neque alios ullos effectus
10 producere posse, ut & Bart. tradit in l. frater à fratre, nu. 29. & in l. Iulianus nu. 26. & 27. ff. de condict. indeb. & tamen quia honestatis saltem cuiusdam uinculis nos alligat, obligationis nomine nuncupatur. l. sed & si lege. §. consuluit. ff. de pet. hæred. At fateor (dices) maxima cum ratione eam quoque appellari obligationem, quæ efficax
11 non est, sed mirum est, cur frequentiùs appelletur naturalis, quàm illa altera, quæ efficax est ad agendum. Et (quod magis miremur) non tantùm sic frequentiùs appellatur, sed etiam hac appellatione ab efficaci illa obligatione distinguitur, ut in l. 1. in fin. ff. de nouat. in l. 1. §. debitum. ff. de constit. pecun. in l. fideiussor 1. §. fideiussor. ff. de fideiuss. & §. præterea. inst. quib. mod. toll. oblig. quasi uerò minus naturalis dicenda sit efficax obligatio; Quam tamen præcipuè naturalem dici oportere & apertè sentit Vlp. in l. naturales sup. tit. prox. & ratio ipsa apertè demonstrat, cùm non ab una tantùm, sed etiam ab utraque parte naturalis æquitatis præsidio muniatur, ut liquidò à nobis suprà demonstratum est. Ad hoc respondemus, uel si efficax obligatio maximè propriè obligatio dicenda sit, non tamen ratione carere, quod iurisconsulti in his ipsis legibus ab efficaci obligatione naturalem distinguant. Ratio uerò cur id fiat, illa mihi uidetur esse, quia quoties utrinq; æquitas adest, non tantùm iure naturæ inducitur obligatio, sed etiam ciuili iure, quare cum absolutè obligatio sit, non nulla eget adiectione, ut uel naturalis, uel ciuilis dicatur, cum non minus hoc, quàm illo iure obligatio habeatur. At cum æquitatis pręsidio ab altera parte obligatio destituitur, tùm deest illi fomentum iuris ciuilis, quo sublato, nihil planè
12 in ea remanet, quod non totum naturale sit. Ita fit, ut cùm hanc obligationem ab ea distinguimus, quę utriusque iuris authoritate nititur, naturalem hanc appellemus, sicuti interdum dicimus eam ciuilem, quę sola iuris ciuilis præsumptione inducitur. Quanuis uerè dicere possimus non minus ciuilem esse, cui etiam naturalis æquitas undequaque consentit, dummodo illa sit (ut uerè est) legum ciuilium authoritate munita, d. l. 1. §. debitum. ff. de constit. pecun. d. l. 1. in fin. ff. de nouat. §. præterea. inst. quib. mod. toll. oblig.

ARGVM.

QVo pacto ex iis, quæ hucusque tradita fuere de naturali illa æquitate, ex qua obligationes constituuntur, propositæ superius difficultates explicari possint.

M Inspecta

1 Inſpecta iuris ciuilis interpretatione, nudis pactis non ineſt uera, perfectaq; naturalis obligatio.

2 Veritate inſpecta poteſt naturalis obligatio nudis pactis & ineſſe, & non ineſſe.

3 Nec poterant, nec debebant reges in omnibus pactis nudis eandem iudicandi normam tenere.

4 Nō abſurdè dici poteſt ipſis nudis pactis, ſeu conuentionibus nunquam naturalem obligationem perfectam ineſſe, ſed ineſſe potius cauſis ipſis, & rebus, ex quibus æquitas æſtimatur.

5 Oritur quidem ex nudis conuentionibus naturalis obligatio, ſed imperfecta, hoc eſt ex parte promiſſoris tantùm.

6 Conuentio de reſtituendis nummis alienis & aliæ ſimiles neque etiam ex parte promiſſoris obligationem inducunt.

7 Sunt caſus in quibus honeſtè poſſumus fidem datam non ſeruare.

8 Promiſſa interdum iis, quibus promiſeris, ſunt inutilia.

9 Etiam conuentiones, quæ trāſeunt in proprium nomen contractus, interdum nō ſunt ſeruandæ.

10 In correſpectiuis conuentionibus idem quod in ſimplicibus concludendum, data terminorum paritate.

11 Maior propè ratio eſt, cur oriatur obligatio ex conuentionibus correſpectiuis, quàm ex ſimplicibus.

12 Quid ſpectarint iuriſconſulti, qui ſeruum, & pupillum naturaliter obligari dicūt,

13 Reprobantur qui credunt tunc tantùm pupillum naturaliter obligari, cum locupletior factus eſt.

14 Actio competens contra pupillum, qui locupletior factus eſt, non eſt natiua, ſed datiua ſecundum Caſtrenſ.

15 Prædictæ actionis cauſa, & origo plenius explicatur.

16 Non nouum, neque incondecens ex naturali obligatione actionem dari.

17 Conciliantur ſimul. l. Marcellus. ff. de fideiuſſ. & l. is cui bonis infra tit. noſtro.

18 Non conuenit ſententiæ Iuſtiniani obligari eum qui pro furioſo fideiubet, uel pro eo cui bonis interdictum eſt.

19 Interdum ſententias Iuriſconſultorum refert Iuſtinianus, quamuis eas non probet.

20 Concluſiones nonnullæ contra aliorum ſententiam ex ſupradictis colliguntur.

CAP. XV.

CVm iam pleniſſimè his de rebus omnibus ſententiam noſtram aperuerimus, reſtat ut ad earum, quæ ſuperius propoſitæ ſunt, difficultatum explicationem deueniamus. Quanquā uerò ex iis, quæ diximus, iā unicuiq; plana, atq; aperta omnia eſſe poſſuntut, tamē omnis planè ſcrupulus tollatur, nos breuiter ſingulas ꝑcurremus difficultates, atq; illis ſigillatim ſuas ſolutiones accōmodabimus. Quod attinet ad primā quæ ad nudas, & ſimplices cōuentiones, ſpectat oriturque ex uariis legibus, quæ naturalē obligationē nudis ipſis, ac ſimplicibus cōuentionibns modò tribuere, modò adimere uidentur, nos ita omnmò rem explicandam ducimus, ut dicamus ex nudis conuentionibus non oriri naturalem illam obligationem, quam maximè propriè obligationem eſſe concluſimus, nam ſi talis quoque obligatio ex ipſis oriretur, nulla eſſet ratio, cur non & iure ciuili ad agendum efficax eſſet, uel ſaltem iure prætorio. Fuitque hoc argumentum ſanè ualidiſſimum pro communi ſententia adductum, cui uidimus nullo planè modo rectè reſponderi poſſe. Vt uerò hoc ipſum ſi minus perpetuo, at certè ut plurimum affirmari poſſit, ex nudis ſcilicet obligationibus nō oriri ueram, ac perfectam naturalem obligationem, quę naturali ęquitate utrinque muniatur, facit cùm ciuiliū legū, tum etiā iuris prætorii inrerpretatio, quia cum uiderent legumlatores æquitatem ab utraq; parte plerunque non adeſſe, præter q̄ in iis caſibus, in quibus legitimas cōuentiones etiam ad agendum efficaces eſſe uoluerunt, ut tutiorem partem amplecterentur, regulariter illam non adeſſe interpretati ſunt. Nec ſanè iniqua hęc interpretatio exiſtimari poteſt, duabus de cauſis. Primò, quia cum hodiè ad firmandas conuentiones ſtipulationis præſidio uti 1
poſſimus,

poſſimus, minus certè æquitas illi fauet, qui cum poſſent, hoc ipſo remedio uſi non fuerint. Secundo quia ſi fortè ſecus contingat, atque urgeri debitorem ad ſoluendũ æquius ſit, præſtò adeſt prætor, qui eo nomine pręſtat actiones in factum. l. ult. in fin. ff. de act. & obligat. Verùm in dubio non eam nudis pactis credit æquitatem ineſſe, quæ ad agendum ſatis ſit. Quod ſi omiſſa prępſumptione, legiſque interpretatione quæras
2 uerè ne in nudis conuentionibus adſit hæc naturalis obligatio, quam maximè propriè obligationem appellamus, ideoque an pro ipſis manus Regia præſtaretur, iam dictum à nobis ſuperius fuit, ſtultè hoc inquiri, neque inaniorem ullam quæſtionem inter multas inaniſſimas à noſtris doctoribus diſputari. Etenim ſæpè iam inculcauimus, in omnibus nudis pactis non certam, atque unam æquitatis ſpeciem eſſe, neque ex ſolo conuentionis genere iudicari, ſed ex cauſis, perſoniſque uariè æſtimari, ut perſpicuè tradit Vlp. in d. l. ult. ſup. tit. prox. Quocircà Reges qui in ſingulis factorum ſpeciebus id ſpectabant, quod ęquitati rationique naturali maximè conſentaneum erat, pro rerum, perſonarum, cauſarumque uarietate non poterant non aliud, atque aliud conſtituere:
3 Fuiſſet enim inconueniens nudas conuentiones omnes tanq̃ inefficaces reijcere, cum præſertim nondum ſtipulationis remedium extaret, qua poſſent contrahentes ſibi proſpicere, ac de uariis rebus ad uitæ uſum neceſſariis, quæ ſub nulla contractus forma cadebant, legitimè paciſci; Contra etiam nimis abſurdum fuiſſet illis omnibus robur, & efficaciam præbere, cum plerunque non certo, deliberatoque animo, ſed uel humanitatis, uel oſtentationis cauſa, uel ſimulatè, aut improuidè fiant. Quod ſi Reges has conuentiones probaſſent tanq̃ ad petendum efficaces, quas uidemus nec ciuilibus, nec prætoriis legibus probari, certè aut iniquę leges eſſent, aut antiqui illi Reges æquitati fuiſſent aduerſati. Iam uerò quoties ipſi conuentioni talis æquitas ineſt (ineſſe enim quandoque diximus) quæ ad petendum efficax eſſe poſſit, crederem ego non abſurdè poſſe dici, hoc non ipſi per ſe conuentioni tribuendum eſſe
4 (quandoquidem hoc modo nunq̃ non ineſſet) ſed potius cauſis ipſis, & rebus, ex quibus æquitas uel augetur, uel minuitur, ac propterea conuentionem ipſam per ſe tantùm conſideratam inefficacem eſſe. Sic enim dicũt Logici argumentum ex duabus affirmatiuis in ſecunda figura infirmum, atque ad concludendum inefficax eſſe, quia ipſum per ſe non ſemper concludit, licet concludat interdum ratione ſubiectæ materię: Et hæc hactenus de naturali illa obligatione, quam maximè propriè obligationem eſſe diximus, & quæ ciuili quoque iure ad petendum efficax eſt. Quantum uerò attinet ad alteram illam, quæ non utrinque, ſed ex parte tantùm promiſſoris æquitatem habet, & quę tanq̃ iuris ciuilis fomento deſtituta naturalis utplurimum appellatur, dubitan-
5 dum non eſt (iudicio meo) quin ea uel ex nudis conuentionibus oriatur, probatur enim hoc manifeſtè ex l. in ijs. §. Imperator. ff. de ſolut. & ex alijs omnibus argumentis, quæ pro parte affirmatiua plurimum urgere ſupra demonſtrauimus. Atquì certè (ut deeſſent cætera omnia) in eo perſpicuè cernitur hęc naturalis obligatio, quod exceptionem parit, ac ſolutæ pecuniæ impedit repetitionem, ut Iulianus, Vlpianuſq; tradunt in l. naturales ſupra tit. proxi. & in l. fideiuſſor. §. fideiuſſor. ff. de fideiuſſ. quicquid contra cõminiſcatur Franc. Connanus, qui hos ipſos effectus alijs cauſis ſtudet aſſignare.. In hunc ergo, quem diximus, modum regulam ſtatui debere concludimus. Non negamus tamen quin interdum & hæc (qualiſcunque ſit) naturalis obligatio deſit, ſi fortè in materia uitij aliquid ſubſit; eſt enim quandoque, cum ne eum quidem qui promiſit, fidem

datam seruare ęquum existimari debeat. Veluti si nummos alienos,quos cum mihi 6
mutuabas, tuos esse credebam, restituere tibi promiserim. Hoc casu certè æquum non est, ut rem alienam tibi potius, quàm domino restituam, ideoq; nulla prorsus ex hac conuentione obligatio oritur, cuius rei certissimum argumentum est, quod nec fideiussor hìc interueniens obligatur.l.si pro eo.§.si nummos.ff.de fideiuss.Alias species nõnullas, in quibus honestè potest promissor fidem datam non seruare recenset Tullius 7
lib. 3. offic. Fac me cuipiam ad aquam intercutem medicamentum dedisse, pepigisseq; ne illo medicamento posteà uteretur. Si eo medicamento is sanus factus fuerit, & annis aliquot post inciderit in eundem morbum, nec à me impetret, ut item eo sibi liceat uti, permittit certè ratio, ut contra fidem datam eo ille medicamento utatur, atq; ex eo uitæ suæ præsidium quærat, cum præsertim ego inhumanus sim, qui non concedo uti, quanuis nihil mihi iniuriæ fiat. Addit Tullius ne illa quidem seruanda, quæ non sunt ijs ipsis utilia quibus promiseris: Cuiusmodi illa sunt, quę Phætonti solem, 8
Theseoq; Neptunum promisisse ferunt, nam ijs ipsis quibus promissa fuerant perniciem, ac luctum attulerunt. Quæ causæ, aliæque similes faciunt,ut non tantùm à nudis conuentionibus honestè recedere possimus, sed etiam à contractibus illis, quibus inest 9
συνάλλαγμα, ut à deposito,& alijs. Summam fidem in primis,atque undequaque inuiolatam deposita exposcunt, ar.l.ult.C.de compensat.& tamen est interdum,cum res deposita minimè reddenda sit. Si gladium quis apud te sanę mentis deposuerit, repetat insaniens, aut si is qui apud te pecuniam deposuerat, bellum patriæ illaturus repetat, reddere depositum peccatum erit, non reddere officium. Multa enim quæ natura honesta uidentur esse, temporibus fiunt inhonesta; Ideoque non debet mirum uideri, quod diximus fidem nudo pacto datam interdum non esse seruandam, licet utplurimum seruari eam honestissimum, uiolari uerò turpissimum sit. Ex his uidentur mihi iam planè sublata ea, quæ in prima difficultate de simplicibus conuentionibus adducta fuere, nunc deinceps pergamus ad secundam. Spectabat secunda principalis difficultas ad nudas conuentiones correspectiuas, in quibus dubitabatur primò, an ex ipsis oriretur naturalis obligatio, sicq; an pro ijs manus regia iure gentium præstaretur; Deinde quomodo in ipsis dari possit pœnitentia,cum ex illis competere exceptionem, iam demonstratũ sit. Videnť enim hæc simul pugnare, ut possit creditor ex reciproca conuentione contra debitorem excipere, atque ut debitori liceat pœnitere, imò & repetere quod datũ est, conuentionẽq; ipsam infirmare. Hanc totam difficul tatem in hunc modum censemus explicandam, ut dicamus in correspectiuis conuen- 10
tionibus idem prorsus quod in simplicibus concludendum esse, & quoad naturalem obligationem,& quoad illos effectus,qui ex naturali obligatione proficiscuntur, quemadmodum & supra probauimus. Oriri obligationem ex reciprocis quoq; conuentionibus inde necessariò demonstratur, quia nulla ratio reddi potest, cur mihi obligatus esse debeas, si à te impetrauero, ut gratuitò pro me aliquid facias,ac non item teneri debeas, si eius rei impetrandæ causa contra tibi aliquid promisero, Imò uerò maior cau- 11
sa est, cur ad id tenearis, quod non gratuitò promisisti, dũmodo ego quoq; id præstare paratus sim,quod à me tibi promissum fuerit. Quod si non maiorẽ concedis, at certè concedas oportet eandem hìc uigere æquitatem fidei seruandæ; Quandoquidem nisi in re ipsa, atque in materia uitij aliquid subsit, ea semper seruari æquum est, quæ inter aliquos placuerunt.l.1.ff. de pact. l. 1.ff. de constit. pecun. Hinc dicimus ex reciproca

conuen-

conuentione exceptionem competere, nec pecuniam eo nomine solutam repeti pos-
se, id quod demonstrauimus necessariò probari ex l. iurisgentium. §. igitur nuda. ff. de
pact. Ex hoc etiã concludimus, non licere illi qui promisit pœnitere, ut liquidò tradi
tur in l. penult. & ult. C. de condict. ob caus. in l. quoniam asseueras, & l. emptionem.
C. de rer. permut. Verùm hæc ita accipienda sunt, (quemadmodum supra diximus) ut
tunc habeant locum, cùm utraque ex illis promissionibus, quæ in reciproca conuentio
ne continentur, æquè principalis est. Siquidem alioquin promissio, quæ non est princi-
palis, nullã planè obligationem producit, unde nec parere exceptionem, aut pœnitẽtiã
impedire potest; atq; ita omninò intelligi debere existimamus, quod de pœnitẽtia dicit
in d. l. si pecuniam. ff. de condict. ob caus. & in alijs omnibus legibus, quæ in reciprocis
conuentionibus, hoc est in contractibus innominatis antè implementum pœnitentiã
concedunt. Satis uerò iam supra declarauimus, quomodo principalis promissio acci-
pienda sit, cum diximus non id spectandum esse, utrum conuentio utriusque par-
tis commodum contineat, sed utrum promissio ab utraque parte eiusmodi sit, quæ
conuentioni causam præbere potuerit. Ita paucis ueritatem explicari posse puta-
mus, ideoq; illa omnia planè falsa reddi, quæ de conuentionibus correspectiuis tan-
to apparatu nostri interpretes tradiderunt. Optimè etiam ex prædictis diluuntur, quæ
de pupilli, serui, furiosi, prodigiq; obligatione obiecta fuere. Nam quod uidimus qui-
busdam in legibus affirmari pupillum, & seruum obligari naturaliter, in alijs uerò hoc
apertè negari, eadem, quam supra attulimus, distinctione, hæ leges simul omnes conciliã
tur. Si enim effectus illos consideres, qui ipsius pupilli, seruiq; personam respiciunt, rectè
dixeris eos nullo modo obligari. At iurisconsulti cum seruum, uel pupillum naturaliter
obligari dicunt, alios considerant effectus, & qui ad alias personas spectant, quæ uel fi-
12 deiubendi, uel nouandi gratia, uel alia quacunque de causa interuenerint. Sunt qui
dicant leges, quæ probant pupillum obligari naturaliter, ita accipiendas esse, ut tunc tã
13 tùm locũ habeant, cum pupillus factus est locupletior. Sed huic sententiæ multæ leges
reclamant, ut l. cum illud. §. cum hæres. ff. quand. dies legat. ced. & l. stichum. §. adi-
tio. ff. de solut. quæ leges in pupillo naturalem obligationem tunc quoque consi-
derant, cum is haudquaquã locupletior factus est. Turbat illud quoque hac in re mirum
in modum nostros interpretes, quomodo dicatur in l. pupillus. ff. de auth. tut. ex natura-
li obligatione, qua tenetur pupillus, qui locupletior factus est, oriri actionem, cum ali-
bi semper soleant iurisconsulti eam tantùm naturalem obligationem appellare, quæ iu-
ris ciuilis formento destituitur, ac propter eà ad agendum inefficax est. Dicunt nonnul
li ut Castrẽsis in d. l. pupillus, actionem illam non natiuam, sed datiuã esse. At hoc non sa
14 tis est, nec propterea tollitur dubitatio; unde plenius hoc ita explicandum est. Fuit olim
hæc obligatio inefficax iure ciuili, quocirca naturalis dici cœpit, ut à ciuili obligatione se
15 iungeretur. Postea uerò Diuus Pius, cum animaduerteret in hac quoque specie plenissimã
ab utraque parte æquitatem adesse, nullamque esse rationem, cur pupillus, qui ex ali-
quo contractu locupletior factus est, ad eius ipsius obseruationem compelli non debe-
beret, contra ipsum pupillum actionem concessit quodam suo rescripto, cuius mentio
habetur in d. l. pupillus de auth. tut. Item in l. 3. ff. commodati & in l. 3. ff. de neg. gestis.
Propterea ergo licet naturalis dicatur hæc obligatio, ex ea tamen actio conceditur. At
si non tàm loquendi usum, quam rem ipsam spectauerimus, non poterit nobis nouum
16 uideri ex naturali obligatione actionem competere, Imò enim, ueritate inspecta, eam ma

ximè

ximè propriè naturalem obligationem esse contendimus, quæ ad agendum ualet, cum illi magis naturam fauere compertissimum sit, id quod perspicue docemur ex l. naturales supra tit. prox. & l. fideiussor §. naturales ff. de fideiuss. dum ibi dicitur naturales obligationes non ex eo solo æstimari, si actio aliqua earum nomine competit, uerum etiam cũ soluta pecunia repeti non potest; quæ uerba ostẽdunt, quanuis non ex eo solo, tamen ex eo præsertim naturalem obligationem æstimari, si illius nomine actio concedatur. Quod attinet uerò ad furiosum, & prodigum, cui bonis interdictum est, nullo modo penitus eos obligari constanter affirmamus. Idque ex eo uerissimum esse intelligitur, quod uidemus, nec pro iis fideiussorem obligari. l. 3. §. is cui bonis tit. nostro. Cuius rei ratio illa est, quia nulla ipsorum est uoluntas, ut ait Pomponius in l. furiosi. ff. de reg. iur. Fatemur quidem contra plurimum urgere, quod tradit Vlpianus in l. Marcellus. ff. de fideiuss. sed 17
ad eam legem hanc affero solutionem, quæ me satis quietum reddit, quanquam nonnulli forsan ceruicosi erunt, qui eam minus probent. Firmè retinendum est quod supra diximus, apertè Iustinianum de furioso, & prodigo testatam nobis sentẽtiam suam reliquisse, cum in l. furiosi. ff. de reg. iur. Pomponii sententiam probarit, qui dixit furiosi, uel eius cui bonis interdictum est, nullam uoluntatem esse; ac pariter Vlpiani, qui Pomponio in hoc assentitur in l. is cui bonis infra tit. nostro. Considerandũ est præterea ipsius Iustiniani in l. Marcellus longè aliam, ac primo aspectu uideri potest, intentionem fuisse, ipse. n. ibi tractaturus de fideiussoribus iudicauit in ea materia recipiendam esse quandam Marcelli traditionem, quæ est, ut fauore creditoris obligatio fideiussoria non impediatur, quoties fideiussor contra principalem ipsum creditorem actione mandati experiri non potest. Iustissima certè est hæc traditio, & illi maximè conuenit exemplum pupilli, pro quo fideiussor interueniens ideò potest obligari, quia uel si ipse soluere cogatur, nullum tamen ex ea re pupillo damnum infertur. Hactenus rectè omnia conueniunt; sed quod affert difficultatem, illud est, quia Marcellus suum hoc pronuntiatum comprobaturus, nõ solum pupilli, sed & furiosi, & eius cui bonis interdictum est, exẽpla eodem ora 18
tionis contextu afferebat, Iustinianus uerò seu compilatores, quanuis hęc duo exempla minimè probarent, sed in iis Iuliano potius, & Vlpiano (quemadmodum uidimus) assentirent, tamen exempla illa nequaquam sustulerunt, non quia non id facere potuerint, ac sæpissimè etiam fecerint, sed ut nos Marcelli inductionem uno orationis contextu traditam, qua sententiam ipse suam confirmat, clarius perspiceremus. neque illud ueriti sunt posse aliquos forsan existimare, etiam quoad furiosum, & prodigum probari sententiam Marcelli, nam huius rei suspicionem planè omnem ademptam ex eo intelligebant, quod alibi de furiosi, prodigique obligatione contrariam Iuliani, Vlpianique sententiam probassent. Atque ut eam adhuc magis suspicionem adimerent, ac se non Marcelli, sed Vlpiani, Iulianique sententiam magis probare clarius ostenderent, hanc ipsam l. Marcellus non Marcelli, sed Vlpiani nomine inscripserunt, nam Vlpianum in eo quod ibi de furioso, ac prodigo traditur à Marcello dissentire perspicuum erat. Quanuis ergo uerè dici possit uideri Iustinianum eas quas refert iurisconsultorum sententias approbare, non tan 19
tùm quoad principalem decisionem, sed etiã quoad cætera, quæ ipsi uel in modum exẽpli, uel alia quacunque ratione adiiciuntur, tamen hoc ita accipiendum est, nisi alio ipse in loco sententiam contrariam amplexus sit, ut fecisse eũ hac in re perspicuè cernimus. Itaque concludamus oportet, quæ in hac ipsa l. Marcellus de furioso, & prodigo in modum exempli traduntur, à Iustiniano quidem referri, sed non approbari. Nec mirum

hoc

hoc cuiq; uideri potest, cùm & in aliis multis legibus idem obseruetur, ut in l. quid de creditore. in l. qui bona §. superficiarium. ff. de dam. infect. in §. Thesauros. inst. de rer. diuis. in l. 3 ff. de iur. fisci in l. si quis pro emptore. ff. de usucap. in l. 5. §. de arbore. ff. de rei uendic. Ex hac solutione apparet nec Vlpianum fuisse sibi contrarium, quanuis dissentiat à Marcello, neque etiam Iustinianum reprehendi posse, quanuis uno in loco totum Marcelli contextum retulerit, in alio autem non principalem ipsius decisionem, sed duo tantùm exempla ab ipso allata reprobarit. Nos iam plenissimè quoad hasce quæstiones omnes, quæ à Socino, & aliis primo ipso huius Rubricæ initio proponuntur, sententiã nostram explicuimus. Neq; alia de causa in hac tota theorica nostra cæterorum traditionibus aduersati sumus, nisi quia salua ueritate nõ posse nos iis assentire iudicauimus. Tametsi uerò ex iis, quæ diximus, facilè unusquisq; per se intelligere potest, quibus in rebus ab aliis dissentiamus, tamen placuit insigniores conclusiones in unum colligere, quas cõtra aliorum sentẽtiam hucusque recepimus. 1 Primùm ergo quod alii sentiunt, ex pacto nudo ueram, ac perfectam iurisgentium obligationem oriri, falsum esse arbitramur. 2 Non tamen propter eà illis assentimus, qui pacto nudo naturalem obligationem inesse prorsus inficiantur. 3 Multoque minus illorum sententiam probamus, qui ex promissione quidem nudo pacto facta, at non ex nudo ipso pacto naturalem obligationem oriri existimant. 4 Quæstionem illam nostrorum omnium disputationibus tantopere celebratam, an scilicet iure gentium pro nudo pacto manus regia præstaretur, inanẽ, ac planè fatuam esse demonstrauimus. 5 Atque in ea & negantium, & aiẽtium opiniolem rectè improbari posse, planum fecimus. 6 Quod temerè omnes admittunt, regu ras iuris ciuilis in obligationibus uel approbandis, uel reprobandis à naturali iure dissentire, minimè admittendum censemus. 7 Quod preterea sentiunt, naturalem saltem obligationem, quæ iure gentium absolutam ęquitatem contineat, ad fideiussionis ualiditatem necessariam esse, nihilomagis concedimus. 8 De exceptione retentionis, atq; compensationis, 9 De nouatione, & constituto idem sentimus. 10 Quæ naturalis obligatio appellatur, eam minus perfectè naturalem obligationem esse ostendimus. 11 Quænam uerò perfectè naturalis obligatio dici possit, pręter alios explicauimus. 12 Exceptioni, retentioni, & compensationi, etiam ubi naturalis illa obligatio non adsit, locum esse posse docuimus. 13 Qui ex contractibus innominatis, ante implementum regulariter pœnitentiam dari affirmant, prorsus illos errare arbitramur. 14 Neque tamen iccircò rectè eos sentire credimus, qui pœnitentiam dari planè inficiantur. 15 Quanuis utriusque commodum contineat conuentio correspectiua, neutrius tamen commodum impedire putamus, quominus pœnitentia concedatur. 16 Nos uerò ipsi quo pacto hoc totum accipiendum sit, quod de pœnitentia in dubium reuocatur, præter alios demonstrauimus. 17 Ex conuentionibus correspectiuis non minus, quàm ex simplicibus, exceptionem competere arbitramur. 18 Et propterea quod tradit Vlp. in l. iurisgentium. §. igitur nuda. ff. de pact. ad correspectiuas quoque conuentiones omninò referri debere contendimus. 19 Quod porrò sentiunt nõnulli Vlpianũ ibi quoad correspectiuas conuentiones, de exceptione illa intellexisse, quæ proponitur contra agentem ex eodem contractu, planè fatuum esse credimus. 20 Et naturaliter obligari, & naturaliter non obligari pupillum, itemque seruum, rectè posse utrunque affirmari ostendimus. 21 Pro furioso, & prodigo obligari fideiussorem, uerba, quibus utitur Vlp. in l. Marcellus. ff. de fideiuss. apertè demõstrare

ſtrare non dubitamus. 22 Idipſum uerò aut Vlpianum, aut Iuſtinianum ſentire haudquaquam concedimus.

ARGVM.

REctène Iaſon, & alii inter ſex illos terminos, quos recenſent, pollicitationem enumerauerint, cùm illa uel ad promiſſionem, uel ad pactum, ſeu cõuentionem referri debuiſſe uideatur. Et an uera ſit differentia, quam inter pactum, & pollicitationem noſtri frequentius tradunt.

1 Pollicitationem ad dictũ potius, quàm ad promiſſum eſſe referendam, falsò Iaſon exiſtimauit.

2 Non uidetur pollicitatio eſſe terminus per ſe diuerſus, ſed uel ad pactum, uel ad promiſſionem poſſe referri.

3 Pollicitationem eſſe ſolius offerentis promiſſionem negari non poteſt, ſed uidendum, quomodo hæc Vlpiani diffinitio accipienda ſit.

4 Frequentius receptum eſt, pollicitationẽ non poſſe fieri niſi abſenti.

5 Nuntio, uel epiſtola interueniente, neque etiam abſenti pollicitationem fieri poſſe uulgò concedunt.

6 In quibus caſibus præſenti pollicitationẽ fieri poſſe Doct. fateantur.

7 An conſenſus poſteà accedens impediat pollicitationem.

8 An quis præſumatur in eadem uoluntate perſeuerare.

9 Quibus legibus probent Doct. præſumi conſenſum inter præſentes.

10 Nõ ex ſola pręſentia, & taciturnitate præſumitur conſenſus, niſi factum aliquod interueniat, unde hęc pręſumptio adiuuetur.

11 Si leges communiter adductæ probarent pręſumi conſenſum ex præſentia, & taciturnitate, idipſum probarẽt etiam quãdo agitur de cauſa onerosa, quod eſt cõmuniter improbatum.

12 Factum eſt uoluntatis noſtrę optimum teſtimonium.

13 Diſtinctio Torn. inter actum perfectum, & imperfectum quantum ad conſenſus pręſumptionem refertur, et reprobatur.

14 Poteſt conſenſus præſumi etiam quando tendit ad actum illum perficiendum, ex quo inducitur præſumptio.

CAP. XVI.

POſt ea, quæ de obligationibus túm efficacibus, tùm inefficacibus tradita fuere, rẽcentiores hìc fere omnes ſex illos terminos fusè proſequuntur, quos hìc Iaſon primo ipſo huius rubricæ exordio proponit, conuentionem ſcilicet, promiſſionem, pactum, pollicitationem, conſtitutum, & ſtipulationem; è quibus duo ſatis à nobis ſupra fuerunt explicati, pactum ſcilicet, & conuentio. Quæ uerò de promiſſione, & conſtituto dicuntur, non eam mihi uidentur habere difficultatem, ut noſtra egeant declaratione. Quocirca ne iis in rebus, quæ per ſe planæ, & faciles ſunt fruſtra tempus conteramus, ad pollicitationem quamprimùm deueniamus, cuius explicationem omnes difficillimam non immeritò iudicarunt, moxque demum ad ſtipulationis aggrediemur tractationem, quæ quoniam huius noſtri tituli propria eſt, nos in ea (ut & cæteri faciunt) aliquãto diutius inſiſtemus. Inter reliquos ergo ſex terminos Iaſon hìc pollicitationẽ quoque recenſet, quam ſolius offerentis promiſſionem eſſe conſtat, ut definit Vlp. in l. pactũ. ff. de pollicitat. Dicitq; Iaſon pollicitationem uerius appellari poſſe dictum, q̃ promiſ- 1
ſum atque id (quamuis male) probari exiſtimat, ex l. ſciendum. §. dictum. ff. de Ædilit. edict. uerè enim probatur ibi pollicitationem ad promiſſum potius, quàm ad dictum

eſſe

esse referendam. Animaduertendum in primis est, uideri Iasonem in eo errasse, quòd præter pactum, & promissionem, pollicitationem quoque tanquam terminum diuer-
2 sum, atque ab alijs distinctum percenset. Nam aut damus pollicitationem acceptantis quoq; consensum posse continere, ut Alciatus, Zasiusq; uoluerunt, & pleriq; alij, quos infra referemus, & non debuit pollicitatio à pacto separari, in quo præter duorum consensum nihil aliud requiritur. Aut à pollicitatione acceptantis consensum excludimus, ut receptior nostrorum opinio est, & rectè probari uidetur ex illa diffinitione pollicitationis à Vlpiano tradita in d.l. pactum.ff. de pollicit. hoc modò pollicitatio cum promissione planè conueniet. Vt ergo hæc dubitatio tollatur, uidendum est, quomodo ipsa pollicitatio à pacto, seu conuentione distingui possit. Quæ res sanè difficillima est, nostrosque omnes interpretes maximè anxios, ac sollicitos habuit. Cùm enim non rectè declarent, quid sit pollicitatio, frustrà etiam insudant, dum exempla studiosè inquirunt, quæ ipsius pollicitationis naturæ conueniant. Nos ut accuratiùs, quàm cæteri hanc rem totam explicemus, referemus primò aliorum opiniones: deinde quid uerè existimemus concludi posse, sic aperiemus, ut ex ijs, quæ sumus dicturi, facilè unusquisq; intelligere possit, quàm multa ex ijs superflua, ac planè inania sint, in quibus nostri interpretes miserè torquentur, summoq; studio inter se contendunt. Quo
3 niam uerò negari non potest, quin pollicitatio sit solius offerentis promissio, cùm eam sic definiat Vlp. in l. pactum.ff. de pollicit. uideamus quo pacto hæc solius offerentis promissio accipi debeat. Frequentiùs recipitur illa opinio (quemadmodum hîc Ias.
4 animaduertit nu. 8.) tunc tantùm induci pollicitationem, cùm illa fit absenti, ita ut consensus acceptantis non interueniat, qui si uel expressim accederet, uel tacitè præsumi posset (ut semper illum præsumi credunt, cùm præsenti id pollicemur, quod ipsi commodum esse potest) non pollicitatio, sed pactum (ut ipsi inquiunt) induceretur; Ita sentit Cyn. in l.1. in 2. opposit. C. de pact. Bart. ibidem in 1. col. Io. Imolens. in c. cum contingat. extr. de iureiur. Alex. in l. 1. in fin. ff. de pact. Alber. & Ias. in l. iurisgentium. §. quinimò in 2. col. ff. de pact. Bald. in l.2. ff. de iureiur. Abbas in c. per tuas, extra de arbitris. Sanseuerin. in tractatu de pact. in 5. quæstio. Socinus, Ruinus, Ripa, Niger, Verius, & alij plerique recentiores in hac Rubrica. Habet hæc opinio duo capita, affirmatiuum unum, posse scilicet pollicitationem fieri absenti, negatiuum alterum, non posse eam fieri præsenti. Quod primo capite concludunt, uerè pollicitationem esse, quæ fit absenti, ita accipiendum
5 esse dicunt, dummodo absque nuntio, uel epistola fiat; Alioquin is cui pollicemur nuntio allato, uel epistola accepta statim consentiret, ideoque ex pollicitatione pactum fieret, ut concludunt Accurs. & Bart. in l. illud. C. de sacros. eccles. Bart. in l. 1. nu. 71. col. 17. in princ. ff. solut. matrim. Nec secus sentiunt de illa pollicitatione, quę fit Reipub. Dicunt enim missa ad Rempub. epistola, ac decemuiris reddita, uideri eos protinus consentire, ex eoq; consensu pactum induci, ut tradunt hîc Ripa, Crotus, & Gauliaula post Bart. in l. Charidemo. ff. de pollic. itemq; Fortunius Garzia in c. 1. extra de pact. licet Alciat. hîc nu. 8. & Mandellus nu. 108. ita demum hoc in Rep. fateantur, si aliquid interuenerit, ex quo Reipub. consensus clarius ostendatur. Quod prætereà secundo capite concludunt, non posse pollicitationem
6 fieri præsenti, ita accipiunt, dummodò pollicitatio ex tali causa fiat, in qua consensus pręsumi possit, ac nihil planè sit, quod hanc præsumptionem impediat. Qua-

N re si

re si is cui fit pollicitatio, expressim diceret se neq; consentire, neq; aduersari, eo casu pollicitationem esse concedunt, ut declarat hîc Ias. in uers. secundo considera. Atq; idem sentiunt, quoties pollicitatio fit ex causa onerosa, propterea quòd non præsumat is consentire, cui onus potius, quàm cōmodum pollicitatio sit allatura, ut docet Bart. in l. quę dotis. ff. solut. matr. & facit. l. filiusfam. §. inuitus. ff. de procur. Idemq; etiam semper futurum tradit hîc Ias. quoties pollicitatio nullam pręsenti afferret utilitatem, quanuis neque onus contineret, putat enim tunc eum qui præsens est, & tacet non præsumi consentire, & ita intelligit reg. is qui tacet, de reg. iur. in 6. Quanquàm uerò Socinus uidetur huic limitationi aduersari, cùm dicit se percurrendo totum illum titulum de pollicit. non inuenire, ubi nam ex alia causa fiat pollicitatio, quàm quæ lucrum aliquod contineat, tamen hæc ipsa limitatio à cæteris cōmuniori calculo approbatur. Alio prætereà modo restringunt hoc cōmune pronunciatū, ut dicant tum demū consensu acceptantis impediri pollicitationem, cum initio adest consensus, non si posteà interueniat, non enim accedente posteà consensu pactū induci, sed manere adhuc pollicitationem 7
uolunt, ut Ripa hîc nu. 21. qui dicit in pacto requiri consensum (ut ipse appellat) simultaneum, Ideoq; non obstare, quòd qui promittit, in eadem uoluntate credatur perseuerare, donec alter consentiat, negat enim hunc esse consensum simultaneum, sicut quando præsenti, aut etiam absenti, sed per nunciū, uel epistolā aliquid pollicemur, ut declarat Accurs. in l. consensu sup. tit. 1. Imò uerò sunt qui amplius negent promittentem in 8
ea perseuerasse uoluntate existimari debere, & ad l. eum qui. ff. de probat. respondeāt legem illam ita intelligendam esse, ut de firma, ac deliberata uoluntate loquatur, neq; habeat locum in uoluntate infirma, & adhuc minimè stabilita, qualis est illius, qui absenti pollicetur, secundum Panorm. in c. si cautio, extr. de fide instr. Has duas tātùm huic regulæ exceptiones afferunt, in cæteris autē omnibus casibus generatim concludunt, eam quæ præsenti fit, uerè pollicitationē dici non posse. Mouenturq; compluribus legibus, ex 9
quibus uidetur probari, præsumi consensum inter pręsentes, ut ex l. qui patitur, & in l. si remunerandi. §. si passus. ff. mandati. l. qui fide. l. si fideiussor. ff. eo. tit. mādati. l. donationes. §. species. ff. de donat. Afferunt etiam recentiores nonnulli leges illas, quæ de pacto planè tacito mentionem faciunt, ut l. 2. & l. si creditores. C. de pact. in quarum legum explicatione Iacob. Mandellus hîc diutissimè insistit. In huius primæ sententię confutatione non erit nobis magnoperè elaborandum, namq; illam rectissimè reprobant Alciatus, alijq; nonnulli recentiores, qui tamen in reprobando, quàm in concludendo longè rectiùs loquuti sunt. Apertissimè aduersantur huic opinioni omnes leges, quas paulò post adducemus ad secundæ opinionis confirmationem, quibus probatur non uideri eum consentire, qui præsens est, & tacet; Ex quibus planè tollitur illud fundamentum, quo solo nituntur communis sententiæ propugnatores, dum dicunt, ob præsumptum consensum mutari pollicitationem, ac transire in naturam pacti. Ad leges autem proximè adductas, quibus contraria sententia uidetur probari, respondetur, ut præfati interpretes rectè respondent, tunc illis locum esse, cum non ex eo solo sumitur præsumptio, quod taceat is, cui promissum est, sed quia factum extet aliquod, ex quo 10
consensus præsumi possit. Ac ne aliunde, quàm ex illis ipsis legibus, quæ fuerunt adductæ, exempla desumamus, perspicuè cernimus in d. l. qui patitur, & in d. l. si remunerandi. §. si passus. ff. mandati, maximam causam esse, cur qui præsens est, consentire credatur, nō quia taceat simpliciter, sed quia pmittit pro se aliū fideiubere, & quod ex ea fideiussione

stione

sione proficiscitur, cõmodum acceptat. Siquidem ob eam, uel pecunias sibi mutuo dari impetrabit, aliter forsan non impetraturus, uel admittetur ad litigandum, uel carcere, ac uinculis liberabitur, aut id genus alia consequetur cõmoda, quæ non dato fideiussore haudquaq̃ consequi potuisset. Itaq; qui patiẽ pro se fideiuberi, non tãtùm tacet, sed patiẽtiã insuper, imò & factũ aliquod præstat. Ex quo fit, ut rectè concludere possimus cõsensum nõ ex sola promissione oriri, sed ex re ipsa, atq; ex cõmodo, quod is pro quo fideiubẽ, ex fideiussoris facto consequiẽ. Quam responsionẽ nõ modò uerã, sed necessariam esse, etiam qui cões traditiones tueri uoluerint, ea ratione fateri coguntur, quia si
11 taciturnitas ibi sola spectareẽ, probarent prædictæ leges præsumi cõsensum ex pręsentia, & taciturnitate etiã quãdo de causa agiẽ onerosa. Nihil enim aliud ibi agiẽ, nisi, ut qui p̃sens est, & tacet, mãdati obligeẽ, quod uerè inter onera recenseri potest. §.1. ubi Accurs. in uer. nec ullũ, inst. de author. tutor. At in causa onerosa pręsumi consensum, nõ solùm cõmuniter non admittiẽ, sed ab omnibus planè una uoce improbaẽ; Et hoc idẽ rectissimè animaduertit Io. Bolognetus in Rub. C. de pact. In quibus ergo legibus probatur consensum præsumi, eam præsumptionem non sola præsentia, & taciturnitas inducit, sed factũ illud fideiubendi, in quo eius, qui pręsens est, patientia cernitur. Ex facto enim
12 rectè in hunc modum argui consensum fatentur omnes, & perspicuè colligitur ex l. quidam ex parte. ff. de euict. Vbi si uniuersa prædia hæreditaria uendiderit qui ex parte tan tùm dimidia hęres institutus erat, & cohæredes pretium pro parte sua acceperint, cùm uenditioni præsentes fuerint, nec dissenserint, uidentur consensisse omnes, ac partẽ quisque suã uendidisse. Ne igitur in ijs rebus, quæ ab alijs illustratæ sunt, frustrà tempus conteramus, concludamus hanc unã responsionẽ uerissimã esse, frustraq; alias responsiones
13 inquiri. Hieronymus Torniellus hìc nu. 61. existimat inter actũ perfectũ, & imperfectum distingui oportere, ait enim propterea in l. qui patitur, alijsq; similibus legibus, præsumi cõsensum, quòd fideiussio, quæ ibi pręcessit, sit actus perfectus, ideoq; non tendat cõsensus ad perficiendũ illũ actũ, ex quo præsumptio ipsa desumitur. At non præsumi cõsensum ex sola promissione, uel pollicitatione, cum illa per se (ut ipse inquit) sit actus im perfectus, nisi præsumpto consensu perficiatur, & ad formam pacti redigatur. Nos tamẽ non putamus hoc spectari oportere, siquidem parum referret, essetne per se actus perfectus, an præsumptione perficeretur, dummodò alioquin actus esset eiusmodi, ut ex eo præsumptio oriri possit; Nam si nũmos meos me sciente, & non contradicente mutuo dederis, consensus inde meus præsumitur, & tamen actus ille ex quo hæc desumitur præsumptio, per se imperfectus est, nec per se mutuũ dici potest, sed ad eũ perficiẽdũ tendit huius mei cõsensus præsumptio, sicuti cõtraria p̃sumptio illũ planè infirmaret, id quod
14 rectè colligiẽ ex l. certi cõdictio. §. si nũmos. ff. si cert. pet. Sola etiã iudicij susceptio pręsumptionẽ consensus ad perficiendũ pactũ inducit. l. 2. C. de pact. & tñ uix est, ut per se illa perfectus actus dici possit. At uel si maximè hosce actus per se perfectos esse cõcederemus, hoc tñ parũ nos moueret; nam fatebimur ita utplurimũ euenire, ut actus ille, ex quo præsumiẽ consensus, per se perfectus sit, ita ut tẽdat cõsensus nõ ad illũ ipsum, sed ad alium aliquẽ potius actũ perficiẽdũ; sed tñ dicemus non quę ex accidenti fiunt, sed naturam potius ipsam, ac ueras cuiusque rei causas spectari oportere.

ARGVM.

AN ne Baldus, & alij qui pollicitationem etiam præsenti fieri posse dicunt, ueram ipsius pollicitationis naturam, & substantiam propterea fuerint assequuti.

N 2 Opinio

1 Opinio Baldi à Modernioribus frequentius recipitur.
2 Potest quis alteri iniuriam facere etiam in eo, in quo ipsi utilitatem affert.
3 Tacere medium est inter affirmare, & negare.
4 Confessio non præsumitur acceptata, nisi expressim id fiat.
5 Consensus tacitus, qui inducitur in necessariam consequentiã eius, quod expressum est, à nonnullis expressus iudicatur.
6 Doctores in hac difficultate loquūtur de consensu præsumpto ex sola præsentia, & taciturnitate.
7 Baldi, & sequacium uerior opinio, quam communis.
8 Responsiones quæ uulgò accommodantur ad l. ex pollicitatione. ff. de pollic. friuolæ sunt.
9 Errant qui putant pollicitationis naturam ideò se rectè explicasse, quòd inter præsentes non præsumi consensum demonstrauerint.
10 Consensu acceptantis pollicitatio non impeditur, neque eius natura ulla ex parte immutatur.
11 An ex pollicitatione oriatur obligatio.
12 Leges quæ probant ex pollicitatione obligationem oriri, non rectè ad naturalem obligationem restringi possunt.
13 Ex inefficaci quoque pollicitatione naturalem obligationẽ oriri posse Butrius, & Abbas concedunt.
14 L. pactum. ff. de pollic. nihil prædictis aduersatur.
15 Propriè dicimur offerre ijs, qui præsentes sunt.
16 Nulla est causa, cur pollicitationi, quæ Reip. facta sit, decuriones non consentiant.
17 Non est illis assentiendum, qui inter consensum Reip. & consensum priuatorum distinguunt.
18 Variæ leges percensentur, quę in pollicitatione consensum acceptantis admittunt.

CAP. XVII.

EX superioris opinionis confutatione oritur altera, quę est, ut pollicitatio unius qui dem tantùm promissionẽ contineat absq; alterius consensu, & in hoc differat à pacto, sed tñ præsenti quoq;, & tacenti fieri possit; Nisi fortè præter præsentiã, & taciturnitatẽ alia res aliqua interueniat, ex qua consensus acceptãtis colligi possit. Fuit hæc opinio Guliel. de Cun. Baldi, & Cornei in l. seniũ. C. qui testamẽt. fac. possunt. Hostiensis in summa extr. de pact. quã sequunť Alciatus, Crotus, Torniellus, & Mãdellus hoc in loco, Cagnolus, & Io. Bolognetus in Rub. C. de pact. Franc. Duarenus in l. 1. in uer. duorum. ff. de pact. Et hanc fortasse uerius communem dixerimus; frequentiùs enim à recentioribus in hanc uentum est, licet superiorem opinionem pleriq; cõmunem appellẽt, qui antiquiorũ numerũ spectarunt, atq; inter alios Alciatus hîc, Galiaula, & Torniellus. Aretinus quoq; in l. 2. ff. de leg. 2. in princ. 2. col. itẽ Decius in Rub. C. de pact. idẽ propè sensisse uidentur. Vnde Torniellus hîc nu. 61. cũ hac opinione Baldi, ipsorũ quoq; opinionẽ cõfundit; quod tñ nos nõ satis probamus, nã uerè opinio Aretini, & Decij aliquã tũ ab hac diuersa est, ut posteà ostẽdemus. Potissimũ autẽ fundamẽtũ, quo nitiť hæc opinio Baldi, superioris opinionis fundamẽto planè cõtrariũ est. Siquidẽ hìc cõstãter illud retinẽt ex præsentia, & taciturnitate non præsumi cõsensum, qui possit pollicitationem impedire. Ex quo etiã inferũt donationẽ factã præsenti, & tacẽti nõ ualere, quia donatio pactũ saltẽ requirit, at hìc cõsensus nõ præsumiť, quo pactũ perfici possit, ut p Guliel. de Cun. & Bald. in d. l. seniũ. C. q testam. fac. poss. Quos sequiť Crotus hìc, licèt in hoc quoque contra sese habeat cõmunis opinio, ut aduertit Galiaul. nu. 59. Hoc ipsum uerò fundamentũ, nimirũ prǽsentis, & tacentis cõsensum non præsumi, probant ea ratione, quia quoties ipse coram adsum, meamq; uideo utilitatem agi, & tamen taceo, cùm meam 1

facilè

facilè uoluntatem,uel uno uerbo, aut etiam nutu testari potuissem, aut dissentire existimandus sum, aut certè non consentire, sed perplexus mecum deliberare. Eoque maximè quia quæ aliis expediunt,imò & quæ per se utilia sunt, possunt uariis de causis nobis esse non utilia. Quod etiam iurisconsulti sæpè considerant ut in l. ult. ff. de usu & habit. in §. huic tamen qui loco, in fine, inst. de action. Et hinc concludunt, posse nos
2 alicui iniuriam inferre tunc quoque,cùm id agimus,quod illi ipsi utile sit l. si seruus. §. si puerum. ff. ad l. aquil. Quod si aliæ causæ omnes deessent, cur id non acceptarem, quod mihi commodi mei causa promittitur,extat tamen semper illa,ne obliger ad remunerandum. Neque enim potest,qui ingenuo animo præditus sit, quicquàm acceptare, quin de referenda gratia cogitare statim incipiat, ad quã rem natura ipsa omnes obligamur l. sed & si lege §. consuluit.ff.de petit. hæredit.Et propterea rectè regula constitu
3 ta est, ut medium sit inter affirmare,& negare sit tacere l. qui tacet. ff. de reg. iur. Qui ta-" cet(inquit Paulus) non utique fatetur, sed tamen uerum est eum non negare. Quam " regulam usurpat etiam Bonifacius in c. is qui tacet. de reg. iur. in 6. Itaque quod dicit idem Bonifac.in reg. Qui tacet.proximè superiori ,eum qui tacet consentire uideri, eo casu accipiendũ est, quando non simplici uerbo aliquid promittitur,sed res, & facta interueniunt,ex quibus diximus facilius consensum præsumi posse. At quod traditur in c.is qui tacet, & in l. qui tacet .ff.eo.ad simplicia uerba referendum est. Quod satis ostendit uerbum illud,negare, utrobique appositum;non.n. facta negantur, sed tantùm ea quæ quæ simplici uerbo prolata sunt. Sicque ex harum legum explicatione colligitur non credi eum,qui tacet,acceptare id quod simplici uerbo sibi promissum fuit. Confirmant
4 hoc Alciatus, Ripa, aliique recentiores exemplo confessionis,quę non præsumitur acceptata, nisi expressim id fiat, alioquin confitenti nullum planè præiudicium affert,ut sentit Salyc.in l.unica in 15. oppos. C. de confessis, & in l. generaliter in 6. quæstione. C. de non num.pecun. Curtius senior in cons. 18. in c. At si clerici.col.10. nu. 21. de iudic. Felin.in c.si cautio col. 5. de fide instrument. Iason in l. postquam liti. ubi multa ad hoc adducit col.1.C. de pact. Et hanc opinionem frequentius esse receptam testantur hic Alciatus, & Ripa,quanuis contrariam sententiam magis probet Panormitanus in c. ult.per illum text. extra,de success.ab intestat. Parum quidem nos moueret hoc argumentum, ut etiã illud,quod nõnulli sumunt ex l.1.§.si stipulanti infra eo,aliaque nonnulla,quę certatim moderni afferunt; Sed tamen ob rationem superius adductam uerissimè hoc concludi posse arbitramur,ex sola pręsentia,& taciturnitate consensum non præsumi.Quanquam non inficiamur, quin & sine uerbis tacitè colligi possit ex patientia, & factis, ut dictum est, atque ex uariis prætereà coniecturis. Est uerò etiam interdum cum uel si tacitè, tamen in eius, quod expressum est, necessariam consequentiam, consensus inducatur; quo casu perinde est,ac si fuisset expressus ar. l. tale pactũ §.ult.ff.de pact.
5 & l. cum quid.ff.si cert. petat.imò sunt qui existiment,uerius tunc posse expressum,q̃ tacitum dici,quòd ex ijs quæ expressa sunt,necessariò colligatur,ut dicũt Accurs.Bart.Alex. & Iason in l. Prætor.§. interdictum. ff. de no. op. nunciat. Si uerò aliæ desint coniecturæ, sola præsentia,& taciturnitas ad consensum præsumendum ponderis non satis habet. De tali uerò consensu prorsus tacito,& qui colligitur ex sola presentia,& taciturnitate, loquuntur nostri interpretes, non tantùm Baldus, Corneus, Alciatus,& alii, qui tuẽtur hanc secundam opinionem,& qui negant præsentis consensum in pollicitatione præsumi, sed etiam qui priorem illam, ac magis communem opinionem amplectuntur, &

con-

consensum præsumi uolunt, Neque.n.dubitandum est, quin uelint consensum præsumi 6
ex sola præsentia, & taciturnitate, cùm ex hac præsumptione argumententur nunq̃ prorsus præsenti, & tacenti pollicitationem ex causa lucretiua fieri posse. Quo fit, ut probare non possim quod dicit hìc Camillus Plautius lib. 6. cap. 7. uideri scilicet doctores in hac quæstione uerbis magis, quàm re dissentire; fieri.n.hoc non potest, cum de eodem consensu loquantur, atque illum ipsum præsumi alii negent, alii uerò affirment. Quoniam nos quantum ad hanc præsumptionē Baldo, Corneo, & Alciato potius assentimur, 7
quàm iis, qui communes partes tuentur, uerissimum quoque illud esse iudicamus, quod ipsi ex hoc inferunt, pollicitationē nimirū posse fieri præsenti. Idq; optimè probat respōs. Modestini in l. ex pollicitatione. ff. de pollic. ibi pollicitatio apud Rempub. fit; quæ uerba nihil aliud significant, nisi fieri pollicitationem præsentibus decurionibus, uel aliis quibus Reipub. administratio incumbat. Nec quicquàm nos mouent responsiones, quas Curtius, Galiaula, Socinus Iunior, & Berengutius ad hanc legem accomodare conantur, quas omnes cōstat esse eiusmodi, ut in illis refellēdis minimè tempus conterendū sit. 8
At non propterea existimandum est Baldum & alios, qui Baldi opinionem sequuntur, quanuis in hoc rectè sentiant, quod pollicitationē præsenti fieri dicunt, uerā ipsius, pollicitationis naturā, & substantiā assequutos esse, rectèq; declarasse, quid pollicitatio ipsa sit. 9
Illi.n.ut ostēdant pollicitationē posse fieri præsenti, demonstrare conātur præsentis cōsensum nō præsumi; Quā disputationē (iudicio meo) frustra suscipiunt, siquidem nō rectè id sibi in animū induxerūt, cōsensu pollicitationē impediri, ita ut ubi cōsensus sit, ibi pollicitatio adesse nō possit; qua in re consentiunt ferè omnes præter Crotum, & Verium hîc, & Graziam in l.1.col.1.& 2.ff.de pactis: Idipsum uerò ut faterentur, coegit illos definitio à Vlpiano tradita in l. pactum, quam alio modo euitare nesciuerunt. At hoc (ut diximus) ab omni ueritate alienissimum est, prout argumentis apertissimis demonstratur, quibus neminem puto aduersaturum qui non sibi ipsi mentiri uoluerit. Habemus primò illud argumētum, quo utitur Voconius à Vocuna declar. 65 & est eiusmodi. Vbi adest obligatio, ibi quoque cōsensum adesse necesse est, quod cum per se exploratissimum est, tùm expressim traditur à Vlp. in l. 1. §. usqueadeò. ff. de pact. At in pollicitatione inest obligatio, quæ ex ipsa pollicitatione oritur, ergo in pollicitatione consensum adesse necesse est. Oriri ex pollicitatione obligationem, probatur ex l.1.§.non semper.ff.de pollic. Non semper autem obligari eum qui pollicitus est, sed siquidem ob honorem promiserit decretum, uel decernendum, uel ob aliam iustam causam, tenebitur ex pollicitatione, si uerò sine causa promiserit, non erit obligatus. Quod ipsum etiam expressim traditur in l.1.§.1.& §.sequenti, in l.ob casum & in l.toties.§.1.ff.eod.tit. Non me latet ab hoc cæteros interpretes dissentire, qui uno ore concludunt, nō oriri ex pollicitatione naturalem obligationem, ac ne quidem ex pollicitatione, quæ Reip. facta sit. Ita.n. concludunt Accurs. & Bart. in l.si unus §. pactus ne peteret col.7. in princ. nu.17. ff. de pact. Bal. Fulg. & Iason ibidem, Curtius Iunior in rub. C. de pact. nu.10: Fortun. Garzia in l.1.col.1: ff. de pactis, Alciatus, Socinus Nepos, aliique plerique hoc in loco, inter quos Mandellus hanc communem opinionem appellat, eamque summa ui defendere contendit. At nos illam falsam esse contendimus, non solum ob leges proximè adductas, quæ ex pollicitatione nos obligari perspicuè tradunt, quæq; ad ciuilem tantum obligationem non nisi ineptissimè, & cum maxima diuinatione restringi possunt, Verùm etiamquia naturalis obligationis fundamentum (ut sępè iam inculcauimus) æquitas est l. stichum. §. naturalis. ff. 11 12

lis.ff.de solut. At pollicitationes seruari æquissimum est, ut dicit Vlpianus in l. pactum in fine.ff.de pollic. Quod si non æquum esset, ut ex pollicitatione fieret exactio, cur id iure ciuili permitteretur? Semper enim illud constantissimè retinendum est, quod supra docuimus, ad naturalis æquitatis præsidium leges ciuiles inuentas esse, neque ab illa unquam dissentire, nisi quatenus contingat, ut propter rerum uarietatem, ac difficultatem probationum, legum præsumptio à uera, naturalique æquitate nonnunquam aberret, ut in literarum obligatione, iudicati authoritate, & id genus aliis. Quod cum hîc non contingat, nihil afferre possunt, cur hîc naturalis æquitas, ac consequenter naturalis obligatio non adsit. Atque hoc idem, quod nos concludimus, ex pollicitatione naturalem oriri obli-
13 gationem, de inefficaci quoque pollicitatione haud obscurè fatetur Butrius in c. ex parte de censib. & Abbas in c. qualiter extra de pact. qui uolunt etiam ex illa pollicitatione quæ iure ciuili inefficax est, oriri actionem iure pontificio. Ego ut de pollicitatione inefficaci hoc non rectè affirmari posse puto, sic de illa, quæ iure ciuili efficax est, hoc certissimum esse iudico, atq; omni planè dubitatione carere, nimirum oriri ex ea naturalē obligationem, mirorq; tàm concordibus sententiis nostros interpretes huic rei aduersatos esse, cùm tamen nihil afferant, quod non planè futile, atque inane sit. Putant ipsi ad hanc rem probandam, omnium fortissimum esse argumentum quod desumitur ex l. pa
14 ctum.ff.de pollicit. Nam cum ibi dicat Vlpianus quasi debitum exigi quod quis reip. pollicitus est, ex hoc colligunt nec illarum quidem rerum, quas reip. pollicemur, ueram, & propriam obligationem esse, propter illam dictionem quasi. At nemo non uidet illorū uerborum sensum esse, ut tanquam debitum exigatur, quod quasi debitum exigi dicitur, ut rectè respondent hîc Niger, aliique nonnulli. Nam hac significatione accipi dictionem quasi, nemo dubitare potest, qui Latinitatis non planè imperitus sit, cum & aliis quāpluribus legibus, hæc ipsa dictio sic accipiatˉ ut in l.1.ff.de reg. iur. ubi Accurs.l. si ante nuptias & ibidē Accurs.ff.solut.matr.l.mulier.§.ult.ff.ad Trebell.l.nec is §.1.ff.de acquir.hæred.l. 1.ff.ad l. Iuliā de ui publ. Sicq; ēt accipit euāgelicæ ueritatis interpres in Io.c.1.ubi legūtur illa uerba, quasi à patre unigeniti. Itaq; dubitādū nō est, quin pollicitationi naturalis insit obligatio, quod si illa inest cōsensum quoque ipsi inesse necesse est, nisi uelimus mendacē esse Vlp. in l.1 §.adeo de pact. Et hoc est, primum argumentum, quo probatur, ex consensu pollicitationem non impediri. quod ipsum probatur præterea hac ratione. Tanquam uerissimum illud retinendum est (dicant alii quicquid uelint) posse pollicitationem fieri præsenti, ut liquidò ostendunt leges, quæ loquuntur de pollicitatione apud remp. facta l. pactū & l. ex pollicitatione.ff.de pollicit. Nec verò possunt aliter accipi (quemadmodum & supra diximus) nisi ut loquantur de pollicitatione, quæ coram decurionibus fit, aliisue reip. administrationibus, ita.n. accipitur illa dictio, apud in l. is apud quē C.de edēdo l. Eū ff.de in ius uocan. l.de iure in princ.ff.ad municip. Facitque etiam ad hanc rē sanè pluri
15 mum uerbum illud; offerentis; quo utitur Vlp. in diffinitione pollicitationis. Propriè dicimur offerre iis, qui præsentes sunt; ac sic passim in nostris legibus uerbum hoc accipitur l. Iulianus. §. offerri. ff. de solut. l.1.C. de iis qui in prior.cor.cred.loc. success. Autēt. offertur cum simil.C.de lit.contestat. At uerò ubi fateamur (ut fateri necesse est) posse decurionibus præsentibus fieri pollicitationem, non poterimus deinde inficiari, quin pollicitatio utriusque partis consensum possit continere. Etenim si attentè, minimèq; cauillo
16 se hanc rem totam considerare uoluerimus, uidebimus illas causas, quę in priuatis hominibus consensus pręsumptionem impediunt, in decurionibus nequaquam uigere, nam acce-

ptare

ptare ipsi debent, quæ reip. utilia sunt, & hanc utilitatem ex reip. commodo æstimare non ex ipsorū arbitrio, id quod priuatis tantum leges concedunt l. ult. ff. de usu & habit. At nec uerecundiæ gratia Decuriones recusare existimandi sunt; neque ob eam causam, ne teneantur ad remunerandum, pręsertim si propter honorem iam decretum facta fuerit pollicitatio. Quapropter nulla ratione defendi posse arbitror, in pollicitatione præsentibus decurionibus facta decurionum consensum non interuenire. Parum etiam tutum illud præsidium est, quod hic Ripa attentauit, cum dixit, non eundem, qui priuatis, reip. consensum esse. Nos enim satis esse dicimus, talem reipub. inesse consensum, qui 17
ad contrahendum sit sufficiens; posse autem remp. cōtrahere exploratissimum est l. ciuitas, & ibi plenissimè tradunt interpretes. ff. si cer. pet. Ac denique (ne in re, iudicio meo, minimè obscura nimis diù, quàm par sit, commoremur) pollicitationi consensum inesse posse, ostendunt aliæ quoque leges permultæ, in quibus iurisconsulti passim cuicunque conuentioni pollicitationis nomen tribuunt, cum tamen deesse illis consensum acceptantis ne suspicati quidem ullo modo fuerint. Habemus hoc in l. 1. C. de iu. dot. in l. ul- 18
ti. C. ad Velleian. in rub. & in l. ad exactionem C. de dotis promiss. & nuda pollicitatione, in l. cum donationis C. de transact. in l. sciendum. §. dictum. ff. de ædilit. edict. in l. 1. §. penult. ff. de collat. dot. in l. qui mutuam. §. salarium. ff. mand. Quæ leges omnes quo pacto accipiendæ sint, ex ea quam nos tradem us inferius, huius difficultatis explicatione, optimè intelligitur. Iam satis (ut arbitror) demonstratum est, errare Baldum, & qui hac in re ipsius opinionem sequuntur, dum putant, ex eo æstimandam esse pollicitationem, uimque ipsius omnē in eo positam esse, quòd offerentis promissio nō fuerit acceptata. Quod si non aliud, at saltem hoc unum maximè illos debuit mouere, quòd uiderent, in toto illo tit. de pollicit. nullam prorsus legem esse, in qua iurisc ōsultū ullum id spectasse coniici possit, anne adsit, uel non adsit consensus acceptantis. Sed decepit illos proculdubio diffinitio illa pollicitationis à Vlpiano tradita in l. pactum. ff. de pollic. quā putarunt nullo alio modo, nisi ut à pollicitatione acceptantis consensum excluderet, intelligi posse. Itaque uidemus adhuc ignorari, quid sit pollicitatio, aut quomodo ipsius diffinitio accipienda sit.

ARGVM.

PRæter duas, quæ superius allatæ sunt, quatuor insuper alias de pollicitatione nostrorū opiniones extare, quæ tamen omnes à ueritatis scopo aberrare uideantur.

1 Opinio Decii existimantis cōsensu tantū expresso perfici pactū, alioquin esse pollicitationem.
2 Hostiensis in diffinitione pacti requirit cō sensum esse uerbis expressum.
3 Aduersantur Decio omnes leges, quæ de pacto tacito loquuntur.
4 An ne quicquam differat opinio Decii ab opinione Aretini.
5 Aretinus excludit tantùm consensum, qui inducitur ex præsentia, & taciturnitate, non autem recquirit consensum planè uerbis expressum.
6 Franc. Connani opinio.
7 Quantum ad pollicitationē, quicquid alii sentiant, non est habenda ratio, quomodo consensus uel exprimatur, uel pręsumatur.
8 Vel si uerissima esset opinio Aretini, non tamen tolleret potissimā difficultatem, quę proponitur in materia pollicitationis, neq; ipsius naturā rectè explicaret.
9 Sunt qui putēt, pollicitationem fieri posse tātum uel Deo opt. max. uel reip. aut si

quæ

CAP. XVIII.

TErtia nobis sese offert opinio, in qua reperio fuisse Deciũ in Rub. C. de pact. nu. 3: & hæc quoque ex proximę superioris reprobatione oriri potest. Cum hoc forsan Dec. cogitaret, quàm durum sit, quàmq; à iuriscõsultorum omnium sententia abhorreat, pollicitationem tàm angustis finibus concludi, ut nunq̃ ipsi locus esse possit,
1 nisi acceptantis consensus planè desit, fatetur ipse posse pollicitationi acceptantis consensum inesse, non tamen eiusmodi, qui pactum ualeat perficere. Quare pactum à pollicitatione in eo seiungit, quod ex consensu tacito, atque præsumpto putat induci pollicitationem, in pacto uerò requiri consensum expressum. Quod ipsum ea ratione demonstrare conatur, quia si consensu etiam tacito pactum perficeretur, nunq̃ prorsus neque inter præsentes, neque etiam inter absentes uideretur induci posse pollicitatio, sed quæcunque promissio pacti naturam semper assumeret, cum etiam inter absentes (ut ipse putat) præsumatur consensus acceptantis, si id modo promittatur, quod possit creditori utilitatem aliquam afferre. l. 2. & l. si creditores. C. de pact. Quare huius absurditatis uitandæ causa concludit ipse, eo casu quo præsenti, & tacenti aliquid promittitur, credi quidem eum, cui promittitur, consentire, at quia consensus iste ad perficiendum pactum satis non sit, propterea uerè tunc pollicitationem esse. Hæc de pollicita-
2 tione Decij sententia est, cui dicit expressim assentire Hostiensem in summa tit. de pact. dùm in pacti diffinitione requirit consensum uerbis expressum. Veruntamen hac in re Decius uidetur mihi dupliciter errasse. Primò quia putat ex præsentia, & taciturnitate præsumi consensum, quod falsum est, ut supra demonstrauimus. Deinde (& ex hoc tota ipsius opinio planè infirmatur) quoniam quod ipse tradit, consensum in pacto expressum requiri, multis legibus aduersatur: nimirum illis omni-
3 bus, in quibus de tacito pacto mentio habetur, ut l. qui in futurum in princ. ff. de pact. Qui in futurum usuras acceperit tacitè pactus uidetur ne intrà illud tempus " sortem petat. Quod & in alijs compluribus legibus habetur, in l. Labeo. l. item quia l. si unus. §. penult. eo. tit. de pact. in l. 2. & in l. si creditores. C. eo. Sunt qui
4 hanc Decij opinionem Aretino tribuant, ut Torniellus hîc, alijq; nonnulli: Is enim in l. 2. ff. de leg. 1. in princ. 2. col. dum confutat Accursij, Bartoli, & aliorum sen-

tentiam, qui frequentiùs concludunt, ex promissione facta præsenti, & tacenti pactum induci ob præsumptum consensum, illud tantùm concedit uideri eum, qui præsens est, & tacet consentire, si modò eius commodum,& fauorem promissio contineat. Negat tamen propterea pactum induci, sed tunc sentit esse pollicitationem, ideoq; tunc dicit esse locum diffinitioni, quam tradit Vlp. in l. pactum.ff. de pollic. At non prorsus uidentur mihi Aretinus, & Decius conuenire, quanuis enim sentiat Aretinus ad pactum perficiendum satis esse consensum, qui ex sola præsentia, & taciturnitate colligitur, ut & Decius pariter sentit, non propterea tamen affirmat semper in pacto necessarium esse consensum expressum. Nec sanè improbaret ipse ex consensu tacito posse perfici pactum, dummodò is consensus,quanuis tacitus,non ex sola tamen præsentia, & taciturnitate induceretur, sed ex aliis coniecturis eliceretur, ut in l. Labeo, & in l. item quia. ff. de pact. cum alijs legib. superius adductis. Quod ipsum uidetur Decius perspicuè negare; Primò enim dicit pactum esse consensum uerbis expressum; deinde citat Hostiensem in summa tit. de pact. qui in pacti diffinitione cōsensum uerbis expressum requirit. Sed quia nimis absurdum esset,non posse dici pactum, ubi uerba non interueniant, idq; permultis legibus aduersaretur, puto Decium, quanuis expressim ita dixerit, improuidè potius locutum esse, quàm uerè ita sensisse: forsan enim cum hoc dixit,tunc pacta illa in animo non habuit, quæ præter præsentiam, & taciturnitatem ex alijs coniecturis inducuntur. Quicquid uerò senserit Decius, certissimum est opinionem illam, prout tertio loco à nobis relata fuit, ab Aretini opinione differre, quam propterea non cum illa coniungendam, sed seorsum quarto loco statuendam censuimus. Cum Aretino uidetur mihi planè sentire Franc. Connanus lib.5. cap. 8. quod de pollicitatione inscribit; ubi pactum à pollicitatione ita distinguit, ut dicat in pollicitatione duorum inesse consensum, sed non expressum,neque declaratum, nisi ab eo qui promittit alteri tacenti, & non roganti, at in pacto non esse consensum duorum tantùm, sed etiam conuentionem de eo,quod utriusque uerbis conuentum est,& conclusum, ut ita fiat. Quod licet primo aspectu Decij potius sententiæ uideatur conuenire; tamen uidetur mihi Connanus illud potiùs, quod ex Aretino nuper retulimus, sentire uoluisse. Probabilius certè,quàm Decius, loquutus est Aretinus, sed neque ipsius opinio mihi uidetur recipienda. Primò enim illud non concedo,ex præsentia, & taciturnitate præsumi consensum, (ut sæpius iam dictum fuit) præterea uel si maximè hoc concedi oporteret, nunq̃ tamen probauero hanc differentiam, quam constituit Aretinus inter consensum qui præsumitur ex præsentia, & taciturnitate, & eum qui ex alijs coniecturis demonstratur. Siquidem non uideo illam à iurisconsultis ullo in loco consideratam, imò in pacti diffinitione duobus in locis Vlp. nulla adhibita distinctione de consensu simpliciter, atque absolutè loquitur,nempè in l.1.ff.de pact. & in l.pactum. ff.de pollicit.Quare aut uis ibi consensum quoque præsumptum contineri,aut tantummodò tacitum. Si etiam præsumptum contineri concedis,continebitur is quoque, qui ex presentia præsumitur,& taciturnitate, nam ille quoq; præsumptus est. Si uerò expressum tantùm cōtineri dicis,ille pariter consensus excludetur,qui ex factis, aliisve cōiecturis desumitur. Postremò uel si maximè admittamus hæc omnia, nimirum& ex præsentia, atque taciturnitate præsumi consensum, & inter hunc,& alium consensum tacitum, qui ex aliis coniecturis desumitur,ad perficiendum pactū aliquid interesse: tñ hæc opinio Aretini nostram hanc difficultatem non tollit, nec rectè ipsius pollicitatio-

nis

nis naturam, atque substantiam explicat, nam difficultatem facit pollicitationis diffinitio allata à Vlp. in l. pactum.ff. de pollici: quæ uidetur omnem consensum excludere, ut probè demonstrat uerbum, solius, dicitur enim pollicitationem esse solius offerentis promissionem. Demonstratur etiam hoc idem ex illa aduersatiua, uerò: Nam postea quàm dictum est, pactum esse duorum consensum, & conuentionem, subiicitur pollicitatio uerò, &c. Quibus uerbis uidetur mihi Vlp. apertissimè significasse pollicitationi consensum non inesse. Quòd si diuinare uelimus neque ex illa dictione, solius, neque ex illa aduersatiua, uerò, excludi præsumptum consensum omnem, sed tantùm illum qui colligitur ex alijs coniecturis, præterquam ex præsentia, & taciturnitate, nemo erit (ut puto) qui non intelligat hanc solutionem non eiusmodi esse, ut in ea animus acquiescere possit. Quinta est opinio illorum, qui fatentur nihil referre, utrùm consensus ex præsentia, & taciturnitate, an uerò ex alia quacunque causa præsumatur, unde semper putant induci pactum, semperq; pollicitationem impediri, quam pollicitationem propterea dicunt non omnibus fieri posse, sed uel Deo opt. max. sicut & uotum de quo agitur in tit. illo de pollic. l. 2. uel Reip: ad quam ibi passim iurisconsulti pollicitationem referunt, & si quæ alia eiusmodi sunt, quæ Reip. comparari possint, ut posteà dicemus. Priuatis uerò hominibus nullam fieri posse promissionem sentiunt, quocunque tandem modo fiat, quę rectè pollicitatio dici possit. Hanc opinionem latiùs prosequitur hîc Ripa nu. 21. dum respondet cuidam argumento, quod pro sua opinione Decius afferebat. Dicebat enim Decius (ut uidimus) ex consensu tacito, & præsumpto, non posse pactum induci. Idq; necessariò nos fateri propterea oportere, quod alioquin ex quacunque promissione induceretur pactum, ac nunquàm prorsus pollicitatio inueniretur, cum ex rei promissæ utilitate semper acceptantis consensus (etiam si is absens sit) interuenire credatur. Quod argumentum existimat Ripa ita rectè declinari posse, ut dicamus pollicitationem, quanuis priuatis hominibus non rectè fiat, ob illam quam Decius affert rationem de consensu præsumpto, at Deo tamen, & Reip. fieri posse. Nec quicquàm credit illud obstare, quod primo aspectu uideatur in naturam pacti transire illa quoque promissio, quæ aut Deo, aut Reip. fit, cum Deus opt. max. ubique præsens sit, & consentiat, l. properandum. §. cum autem heremodicium. C. de iudic. cumque itidem Respub. fictè saltem, ac repræsentationis cuiusdam ratione pręsens dici possit, iuxt. l. mortuo reo. ff. de fideiuss. Nam respondet ipse Deum, & Rempub. non consentire consensu humano, de quo nos in præsentia loquimur; de Deo hoc probat, quia consensus animi motus est, Deus uerò est immobilis; Ex quo sequitur (inquit) non posse illum singulis consentire, licèt uniuersis assistat. Immobilem porrò Deum esse eo demõstrat argumento, quia ipsi nihil accidere potest, neq; enim Deus esset Deus, si ipsi quicq̃ accideret. Similiter dicit Rempub. licet fictè repræsentet singulos, l. aliud. §. refertur. ff. de reg. iur. non tamen uerè consentire. Itaq; infert pollicitationem Deo, uel Reip. factã manere solius offerentis promissionẽ, ideoq; rectè pollicitationẽ dici posse. In ea uerò, quæ fit priuato, propterea secus concludit, quia cùm duorũ illa consensum contineat, ex hoc pollicitatio esse desinit, ac pacti potiùs naturã assumit. Ab hac tamen opinione posteà Ripa recedit, licèt nõ alia de causa, nisi quia à cõmuni nostrorũ sententia alienam illam esse dicit. Sed ante ipsum Ias. aliam attulit rationẽ, cur ab hac opinione recedendũ existimet, nimirũ quòd illis omnibus legibus aduersetur, quæ promissionẽ quoque factã priuato pollicitationẽ appellãt,

9

10

ut l.1.§.penult.ff.de collat.dotis.l.qui mutuã.§.penul.ff.mãd.l.metũ.§. quod prætor.ff. de eo quod met.cau.l.ult.C.ad Velleian. Quod ipsum habeт ẽt in Rub.& in l.ad exactione.C.de dot. promiss. & nuda pollicit. & in l.cũ donationis.C.de transact. Neq;.n.probat Ias. illorum responsionem, qui dicunt in hisce omnibus legibus pollicitationem im' propriè accipi pro pacto. Siquidem hoc modo (ut ipse inquit) leges prædictæ omnes uiolarentur. Quare non putat negari posse, quin priuatis quoque hominibus rectè dicatur fieri pollicitatio. Fatetur tamen efficacem ad obligandum non esse pollicitationẽ, nisi uel Reip. fiat, uel alijs quibusdam, qui rectè hac in re possint Reip. comparari, ut 11
collegio, seu cuicunq; uniuersitati, uel ecclesiæ, aut pauperibus alicuius loci, ac nec tum quidem ex pollicitatione passim agi posse, sed ita demum, si pollicitatio fiat cum causa, uel si fortè opus aliquod, quod quis sine causa facturum pollicitus erat, cœptum iam fuerit.l.1.§.cœpisse, & l. pactum.ff. de pollicit. quod clarè explicat Bart. in l.Charidemo eo.tit. Bald. in Rub.C. de dot. promiss. quod & tradit gloss. in c. scimus.12.q.1. Rectæne, uel minus rationes sint, quibus Ias. hanc quintam opinionem reprobauit, non inquiro, sed illam tamen omninò reijciendam esse censeo; Nam clarum est, eodem consensu perfici posse pactum, quo perficitur & contractus, stultumq; est affirmare ibi pactum ob defectum consensus impediri, ubi ex consensu contractus induci possit. At contrahere posse Rempub. exploratissimum est, traditurq; expressim in l. ciuitas.ff. si cert. pet. 12
Quocircà dubitari non debet, quin & ad pactum inducendum Reip. consensus sufficiens sit. Quod cum ita se habeat, nulla uidetur esse ratio, cur non etiam in Repub. præsumptus consensus pollicitationem impedire possit. Præterea quod tàm absolutè, ac generatim concluditur, in priuato non dari pollicitationem, uidetur reclamare pollicitationis diffinitioni, quam habemus in l. pactum.ff de pollicit. Nam Vlp. in ea diffinitione ne uerbũ quidem ullum ponit, ex quo suspicari possimus, uoluisse illum excludere promissiones priuatis hominibus factas, sed tantùm dicit pollicitationem esse solius of- 13
ferentis promissionem, quæ uerba proculdubio conueniunt etiam, cum priuato alicui promissio facta est. Veluti si is cui promittitur, se nec consentire, neque aduersari expressim dicat. Itaque duorum alterum uidetur esse necessarium, uel ut reprehendamus Vlpianum, qui hãc diffinitionem perperam tradiderit, uel ut inter priuatos quosque homines pollicitationem rectè fieri concedamus. Aliæ sunt præterea difficultates in hac materia pollicitationis, quarum explicatio non rectè ex hac sententia desumitur, ut posteà uidebimus. Postremò sunt nonnulli, qui cum uideant non rectè restringi posse pollicitationem ad eas promissiones, quæ acceptantis consensum non habent, ut malè ibi sentiunt qui primam, atque etiam qui secundam opinionem amplectuntur, Cumq; pariter intelligant, in hac materia pollicitationis à iurisconsultorum sententia abhorrere illã distinctionem inter tacitum, & expressum consensum, quàm confinxerunt sibi Aretinus, Decius, & alij, qui uel tertiam, uel quartam opinionem sequuti sunt, Ac cùm denique liquidò perspiciant pollicitationis diffinitionem non pati, ut solis promissionibus, quæ Deo, aut Reip. fiunt, pollicitationis nomen, substantiamq; tribuamus, sicut nos in quintæ opinionis reprobatione proximè demonstrauimus, aliam sequuti sunt opinionem, quam nos ad hunc ultimum locum duximus reseruandam. Fuit hæc opinio Voconij à Vocuna declar. 65. qui fatetur uerè pollicitationem tunc quoque 14
esse, quando acceptantis consensus interuenit, & consensus quidem expressus, nec non & quando priuatis hominibus promissio fit. Quoniam uerò intelligit ex hoc sublatas

esse

esse differentias, quibus cęteri à pollicitatione pactum distinguunt, aliam ipse differentiã
affert. Ait enim pactum esse, cùm quis alicui roganti promittit, ut puta si Titius di-
cat, Mæui, promittis mihi equum? ac Mæuius respondeat, promitto, seu spondeo;
pollicitationem uerò dicit esse, cum quis sponte promittit, nulla pręcedente inter-
15 rogatione. Non est incognita, ne Grammaticis quidem, hæc differentia, quòd ul-
trò polliceamur, promittamus uerò rogati; notat enim illam Donatus ad Teren-
tium, sæpeque etiam nostræ leges illam nobis insinuant, dum à promissione pollicitatio-
nem distinguunt, ut Seuerus in l. 1. C. de iu. dot. ac multò etiam apertius in l. ult. C. ad
Velleian. ibi. n. initio legis speciem facti de illo ponit, qui pro muliere dotem spo-
põderit, uel pollicitus sit, posteàq; haud obscurè ostẽdit, idcircò se de pollicitatione seor
sum habuisse mentionem, ut spontaneam uoluntatem significaret. Nam si spontaneam «
(inquit) uoluntatem ab initio suam ostẽdit, & quæ sequuntur. Itaque hoc satis perspicuũ «
esse uidetur, pollicitationem propriè dici, cùm quid promittitur alicui non petenti, ita ut
de eo ne cogitatum quidem anteà fuisset. At illud uidetur esse dubium, quod ipse
dixit, in pacto semper præcedere interrogationem; siquidem hoc modo ex forma in-
terrogationis, & responsionis non stipulatio, sed pactum induceretur. Quare hanc du-
16 bitationem ipse tollit in hunc modum. Dicit ex ea promissione quæ fit interrogatione
præcedente, posse induci non tantùm stipulationem, sed etiam pactum; idque probat ex
l. iurisgentium §. quod ferè. ff. de pact. ubi uerba illa rogauit Titius, spopondit Mæuius:
nõ tantũ pactionis loco accipi Vlp. ait sed etiã stipulationis. Quibus uerbis ostendit, ea
uerborum solennitate non modò posse induci pactionem, sed de pactione magis hoc
perspicuũ esse, quàm de stipulatione, cũ dictio implicatiua, ut nemo non intelligit, casum
17 magis dubitabilem includat. Quid ergo? nihilnè differt pactum à stipulatione? Differt
(inquit ipse) duobus modis. Prima differentia est (sed hæc antiquitus tantùm extabat)
quia non quibuscunque, sed certis tantùm quibusdam, ac solemnibus uerbis poterat fieri
stipulatio. §. 1. inst. de uerb. oblig. Quod in pacto nunquam fuit necessarium, at id posteà
in stipulatione quoque correctum fuit Leonina constitutione, ut ibidem subiicitur;
qua de re nos plenius infrà, cum de stipulatione agemus. Secunda differentia est, quæ ad-
huc etiam extat, quia licet antiqua illa uerborum solennitas remissa sit, non tamen con
cessum est, ut sine uerbis stipulatio fieri possit; Imò. n. ab utraque parte in stipulatione
uerba sũt necessaria, ut in l. 1. huius tit. At pactũ nutu fieri potest; Vnde & mutus, & surdus
rectè paciscuntur: Neque etiam absentia impedimunto est, quominus per nuntium, uel
per epistolam pactum ineatur l. qui autem §. ult. ff. de const. pecun. Quod si fortè pa-
ctum fieret utroque loquente, tunc fatetur inter tale pactum, & stipulationem nullam fo
re differẽtiam. Summa igitur hæc est, ut pacta, & stipulationes in hoc uelit cõuenire, quòd
18 in utrisque pręcedere interrogationem necesse sit, Ab utrisque autem differre pollicita-
tionem, quæ nullã non modo exigat, sed nec patiatur præcedere interrogationem, cum
sponte, ac nõ petentibus polliceamur. In hunc modũ explicat Voconius hoc totũ, quod
ad pollicitationẽ attinet; Qui tamen (ut ingenuè fatear) uerius mihi implicare, quàm ex-
19 plicare uidetur; nam quamuis multa dicat, tamen id tacitus præterit, quod omnium ma-
ximè difficultatem afferre poterat. Maximè omnium illud dubium erat, qua ratione
Vlp. in l. pactum. ff. de pollic. in ipsius pollicitationis diffinitione, ab ea ipsa consensum ex
cludat; atque in hoc plurimum nostri interpretes elaborarunt, ut inquirerent quomo-
dò promissio consensu acceptantis carere posset. Putat uerò Voconius in pollicitatio-
ne posse

ne poſſe non modò conſenſum, ſed etiam conſenſum expreſſum adeſſe, contrà quàm
Vlpiani uerba apertiſſimè ſonant, & tamen hanc difficultatem cōniuentibus oculis per-
tranſit, nec declarat quomodo pollicitatio ſolius promiſſio ſit, ſi duorum conſenſum,
& illum quidem expreſſum continere poteſt. Quod porrò attinet ad illam differentiā,
quam tradit ipſe inter pollicitationem, & promiſſionem, quæ pacto fit, ut ſcilicet polli-
ceamur ultrò, promittamus uerò rogati, nemo non uidet eam ut tritiſſimam, ita uerißi-
mam eſſe. Verùm aduertendum eſt, nos non ut grāmaticos loqui, ſed ut iuriſconſul-
tos, neque tàm grāmaticales uerborum differentias ſpectare, quàm iuris effectus, qui 20
ex illis differentijs proficiſcuntur. Quare cum concedat Voconius utrobique conſen-
ſum adeſſe, cumq; pariter admittat quantum ad illos effectus, quos ſolet conſenſus
operari, nihil referre, fueritne ultrò non petenti facta promiſſio, ac deinde acceptata,
an uerò roganti nudo pacto promiſſum aliquid ſit, quæro ego quæ ratio compilato-
res adduxerit, ut à ſpontaneis non ſpontaneas promiſſiones ſepararent, ac cùm de pa-
ctis, tùm de pollicitationibus diuerſos titulos proponerent. Neque enim dici poteſt fa-
ctum id fuiſſe, quia pollicitatio interdum actionem producat, nimirum quando Reip.
fit, nam interdum etiam pacta producunt actionem. l. legitima. ff. de pact. nec propte- 21
reà tamen ab alijs pactis inefficacibus pacta efficacia ſeparantur. Quare cum illud
concedimus, in pollicitatione duorum conſenſum, ut in pacto, contineri poſſe, nō poſ-
ſimus negare quin hæc pactorum à pollicitationibus ſeparatio inanis fuerit, ac planè
ſuperuacua. Quod ſi illa ſola de cauſa hæc ſeparari debuiſſe contendas, quòd diuerſis
nominibus appellentur, cum pactum in quo ultrò aliquid promittitur uerius, ſecundū
Grāmaticos, pollicitatio dici poſſit, quæro cur non pariter ex aliis omnibus uerbis dif-
ferentialibus, quæ Grāmatici enumerant, noſtri iuriſconſulti diuerſos terminos conſti-
tuerint. At conſtat iuriſconſultos in terminis conſtituendis non uerborum, ſed rerum 22
ipſarum diſcrimina, ipſosq; potius effectus conſideraſſe. Notiſſima eſt, & apud Latinos
authores frequentiſſima differentia inter libertos, & libertinos; tamen noſtri iuriſcon-
ſulti hanc differentiam minimè agnoſcunt; Libertos enim promiſcuè & libertos, & li-
bertinos appellant, filios autem libertorum, qui propriè libertini dicuntur, ab ingenuis
non diſtinguunt. Sicq; ſemper in iis, quæ re ipſa, & effectu nihil differant, ſuperſtitioſas
uerborum differentias ſtudioſè declinant. Quare neminem ex noſtris doctoribus puto
fuiſſe, qui grāmaticalem hanc differentiam ignorauerit; ſed cùm ipſi uiderent nullum
ex ea iuris effectum ſequi, nec propterea minus pacti diffinitionem conuenire, quod
ſponte promiſſio facta fuerit, conati ſunt demonſtrare pollicitationem aliud aliquid 23
eſſe, cui pacti diffinitio non conueniret, idq; maxima certè cum ratione, cum idem Vlp.
qui pactum definiuit, diuerſam pollicitationis diffinitionem attulerit. quod certè non
feciſſet, ſi pacti diffinitionem ipſi quoque pollicitationi cōmunem eſſe uoluiſſet. Quo-
circà differentia illa, quod uel ultrò, uel rogati promittamus, non ſatis eſt, ut ex ea ſola
pactum à pollicitatione diſtinguere poſſimus, cùm pacti diffinitionem nulla ex parte
immutet, Vt nec differentia illa, quod quis muſicus, uel non muſicus ſit, quia non mutat
hominis diffinitionem, ſpecies ullas ſubſtantia inter ſe diuerſas conſtituit.

A R G V M.

CVm omnes omnium de pollicitatione ſententiæ fuerint reprobatæ, operæpretium
eſſe, difficultates nonnullas ordine enumerare, quæ facilè unumquemq; hac in re
perplexum reddere poſſunt, ac pro illarum deinde explicatione nonnulla quaſi princi-
pia conſtituere, ex quibus tota ſimul hæc pollicitationum materia clarius illuſtretur.

1 Quanta

1 Quanta utilitas in pollicitationis explicatione posita sit.
2 Sex difficultates non contemnẽdæ in materia pollicitationis proponuntur.
3 Videtur pugnare l. pactum cum l.ex pollicitatione.ff.de pollic.
4 Quomodo ex eo quod pollicitatio sit solius offerentis promissio, rectè inferri possit, ex pollicitatione agi posse, id quod facit Vlp.in d.l.pactum.
5 Nulla uidetur esse ratio,cur à pacto pollicitationem iurisconsulti separauerint.
6 Ex pollicitatione ob honores facta hæredes non tenentur, si moriatur qui pollicitus est, ante honores susceptos.
7 Siquis reip. polliceatur non ob honores, sed quia aliud commodum ab illa speret, an ex tali pollicitatione resp.ante implementum agere possit.
8 Contractus non debet claudicare.
9 An unquam promissio de nõ petendo possit esse pollicitatio.
10 Reperiuntur nonnullæ species inter se distinctæ, quę tamen ita se habent, ut una in altera tanquam pars in suo toto includatur.
11 Forma testamenti codicillorum formam quodammodo complectitur.
12 Quo casu sit cõsiderabilis illa species,quæ tanquam pars in altera specie includitur.
14 In concessione uię non attenditur iter, nisi quando illud inutile est, quod in uia amplius inest, atque idem in reliquis.
14 Verba & in communi, & in legitima significatione accipi possunt.
15 Tàm in una,quàm in altera significatione sæpe hæc usurpantur, possessio, usus, iter,substitutio.
16 Pollicitatio, quanuis specie differat à pacto, tamen in ipso continetur tanquã pars in suo toto.
17 Pollicitatio non eodem modo semper, sed interdum in communi, interdum in legitima significatione usurpatur.
18 Inspecta legitima significatione pollicitatio nunquam cum pacto est compatibilis.
19 Cõmunis pollicitationis significatio quæ sit.
20 Quando accipiatur pollicitatio in significatione legitima,atque ut species per se distincta consideretur.
22 Vnus atque idem actus potest dici & pactum, & pollicitatio,diuersis tamen cõsideratis.
23 Cum Vlp. dicit solius offerẽtis promissionem, non excludit promissionem acceptatam, licet acceptationis nullam rationem haberi uelit.
24 Acceptatio non potest alterare substantiam pollicitationis.
25 Mathematici quanuis apprehendant quãtitatem sine materia, non tamen apprehendunt quãtitatem posse esse sine materia.
26 Licet uniuersale non possit esse sine principiis indiuiduãtibus, possumus tamẽ illud apprehendere absque ulla principiorum indiuiduantiũ apprehensione.
27 In pollicitatione acceptata, rectè possumus absque ulla acceptationis apprehensione, solam pollicitationem considerare.

CAP. XIX.

QVoniam igitur satis hucusque demonstratũ est,totam hãc pollicitationũ materiã maximè implicitam esse, ac diligenti egere explicatione, nunc danda nobis opera est, ut certi aliquid affirmare possimus, ac non tantum ueram differentiã inter pactum,& pollicitationem, sed & ueras eius differentiæ causas rectè teneamus; cum uerè scire illi tantùm existimandi sint,qui suas cuiusque rei causas cognoscunt. Digna uerò certè hæc res est, in qua neruos (quod aiunt) omnes intendamus. Neque enim unius
1 hic termini explicatio, uniusuè tantùm legis intelligentia agitur, sed illarum legum omnium quæ sub titulo de pollicitationibus positæ sunt, atque aliarum insuper quamplurimarum,in quibus,extra illum titulum, de pollicitatione mentio habetur. Huc accedit quod ex hoc etiam materiam pactorum multò planius, perfectiusq; intelligemus, quàm si ignoraremus,quomodo à pollicitationibus pacta distinguantur. Vt ergo hæc commodius assequamur, eam,quam semper solemus,ordinis rationẽ seruabimus, ut ante omnia difficul-

difficultates, quæ nobis hac in re occurrunt, quasi ob oculos ponamus, non tantùm illas, quas hactenus tetigimus, sed & alias nonnullas, quæ hanc rem totam incertam, ac planè obscuram reddunt, sic enim futurum spero, vt quod quærimus multò facilius assequamur. Prima, omniumq; maxima difficultas illa est, vtrum in pollicitatione acceptan- 2
tis consensus rectè interueniat, quod neque affirmari, neque negari tutò posse uidetur, quoniam si id affirmamus, reclamat Vlp. in d.l. pactum. dum ait pactū quidem esse duorum consensum, & conuentionem, pollicitationem uerò solius offerentis promissionem; quæ uerba quin à pollicitatione cōsensum planè omnem excludant, nemo (ut arbitror) negabit, nisi qui cauillari, ac sibi ipsi mentiri uoluerint; satisque hęc uerba superius iam perpendimus. Si uerò negamus pollicitationi acceptantis consensum inesse, non rectè 3
congruet quod dicitur in l. ex pollicitatione. ff. pollicit. apud reip. decuriones pollicitationem fieri posse, cum nec credibile sit decuriones, qui præsentes sunt, non consentire, nec rationi ulla ex parte consentaneū sit, ut iam demonstrauimus, id quod dicebant nō nulli, non esse illum talem consensum, qualem nos in pręsentia consideramus. Aduersabūtur etiā quāplurimæ leges, quæ loquūtur de pollicitatione, atq; in illa utriusq; partis consensum admittunt nēpè l. 1. C. de iure dot. l. ad exactionē. C. de dot. promiss. l. ult. C. ad Velleian. l. 1. §. penult. ff. de collat. dot. l. cum donationis. C. de donat. l. metum. §. ait præ tor. ff. de eo quod met. caus. In quibus omnibus pollicitationi consensum duorum tribui, et quidem consensum expressum, inferius ostendemus. Versamur ergo (ut dici solet) inter Scyllam & Carybdim. Siquidem neutrā partem possumus amplecti, quin legibus hinc & inde apertissimis aduersari uideamur. Secunda insuper occurrit dubitatio, & hæc spectat ad contextum tantùm, structuramque uerborum, quæ habentur in d.l. pactum, nam posteaq̄ dixit Vlp. pactum esse duorum consensum; atque conuentionē, pol- 4
licitationem uerò solius offerentis promissum, ex hoc quod de pollicitatione proximè dixit, infert ex pollicitatione agi posse. Et ideò (inquit) illud est constitutum, ut si ob honorem pollicitatio fuerit facta, quasi debitum exigatur. Sed operæpretium est certè animaduertere, quomodò hæc uerba cohæreant, & quomodo quod ibi dicitur, rectè ex prædictis colligi possit. Nam quòd pollicitatio non sit duorum consensus, atque conuentio, sed solius offerentis promissio, ex hoc probabilius uidetur colligi posse, minus ex ea, quàm ex pacto actionem concedendam esse, cum minus debeat posse unius promissio, quàm duorum consensus, atque conuentio, & tamen ex hoc Vlp. infert contrarium, nimirū ex pollicitatione agi posse. Tertia ex eo difficultas oritur, quia nulla uidetur pos- 5
se ratio assignari, cur iurisconsulti pollicitationem separauerint ab ea promissione, quæ pacto continetur, cum hæc duo re ipsa nihil dissentiant, ut nō tantùm perspicitur in pollicitatione facta priuatis, de qua idem ac de pacto iudicatur l. qui mutuum. § salariū: ff. mandati. l. ult. C. ad Velleian. cum aliis multis superius adductis, uerùm etiam in pollicitatione facta reip. Nam si proponamus aliquam pollicitationem reip. factam, quæ efficax sit, & ipsi reip. actionem præstet, ut quia fuerit opus cœptum, aut quia facta fuerit ob honorem decretum, uel decernendum, uel ob incēdium, terręmotum, alaimuè simile ob causam, stultissimū est dubitare, quin idem futurum esset, si nudo pacto illud ipsum ex eadem causa fuisset promissum. Contra etiam proponamus pollicitationem factam esse reip. sine causa, ita ut ad producendam actionem inefficax sit, dicemus hic quoque inefficacem futuram hanc promissionem, si per nudum pactum, dummodò sine causa, facta fuerit. Neque enim reperitur in materia pactorum tradita hæc limitatio,

ut tunc

tunc ut pactum efficax sit ad agendũ, quando per illud Reip. promissum aliquid fuerit. At uel si maximè efficax esset pactum nudum, quod cum Rep. initur, non debuisset tamen ad diuersam speciem referri, cum pacta legitima ab alijs pactis specie haudquaquàm differant, nec sub diuerso tit. collocentur. Ita fit, ut separare pollicitationes ab ijs promissionibus, quæ pactis includuntur, non modò superuacaneum, sed & absurdum omninò fuisse uideatur. Quarta difficultas oritur in hac materia pollicitationum, quæ est eiusmodi. Fac polliceri aliquem, se Reip. opus facturum, idq; polliceri ob honores decretos, uel decernendos, si is moriatur anteq̃ honores illos suscipiat,
6 iam de pollicitatione nihil quærendum est, neque enim promissoris hæredes tenentur. l. si quis ob honores. ff. de pollicit. Si uerò fuerint iam decreti, meritò unusquisq; mirari poterit, cur ex pollicitatione potius agatur, quàm actione præscriptis uerbis, quæ in contractibus omnibus innominatis alteri datur post alterius implementum. Adest uerò hìc proculdubio contractus innominatus, do ut facias, uel facio, ut facias, in quo iam pro parte sua Respub. expleuit: Decreuit enim honores, ut ille opus faceret, uel pecuniam daret. Cur ergo non hìc agitur præscriptis uerbis, aut cur actio non oritur ex honorum exhibitione, tanq̃ ex implemento? Est enim hoc quoddam συνάλλαγμα, quod fortius deberet operari, quàm simplex pollicitatio, arg. l. iurisgentium in princ. ff. de pact. Huic dubitationi illa maximè affinis est. Ego Reip. pecuniam, uel aliud quippiam ultrò pollicitus sum, ut ab ea serui publici in agrum meum fodiendi gratia mitterentur; Vt rectè pollicitationis naturam, & substantiam teneamus, cognoscendum hìc est, possitne Respub. etiam ante implementum me conueni-
7 re ex pollicitatione, quemadmodum si propter honores promisissem, an uerò tantummodò post implementum habeat actionem præscriptis uerbis, quæ ex eo ipso oritur implemento. Si dicis agi posse ante implementum, hoc usqueadeò absurdum est, ut non possit fermè maius excogitari, nempe in iusto commutatiuo, rebusq; ipsis contrahendis non seruari proportionem arithmeticam, sed personarum rationem haberi. Hoc autem fieri nullo modo debere, & nos alibi demonstrauimus, & no-
8 stri quoque omnes fatentur, dum absurdum esse iudicant contractus claudicare. l. litigatores, & ibi no. ff. de arbitris c. communiter ext. de empt. l. Iulianus. §. si quis colludente. ff. de act. empt. Hìc autem proculdubio contractus claudicaret, quia hoc ipso casu quando Respub. mihi aliquid promisisset, ut mitterem seruos meos qui foderent in agro publico, non certè possem ego ante implementum Rempub. conuenire, ergo nec deberem posse à Rep. conueniri, cum idipsum sub eadem forma illi promiserim. Quod si alterum potius huius dilemmatis membrum recipias, ut dicas non posse Rempub. agere ante implementum, tunc quæro, cur secus sit, cùm propter honores aliquid promissum fuit, uel ob casum quem Resp. passa sit. l. 1. l. ob casum. ff. de pollic. oportet enim maximi momenti esse, illam rationem quæ facit, ut cum promisi Reip. propter opus, quod cupio à seruis publicis fieri in agro meo, uel alia simili causa, non possit Respub. contra me agere ante implementum actione præscriptis uerbis, tanq̃ ex contractu innominato. Cum uerò promisi ob honores decretos, uel decernendos, aut ob aliam ex illis causis, quę sparsim habent̃ in tit. de pollicit. possit tunc Respub. me cõuenire ante implemẽtũ, & tũc præscriptis uerbis nõ agat, sed actione illa, quæ ex sola pollicitatione proficiscit̃. Postremò maxima cũ ratione dubitari potest, cur si pollicitationes affirmatiuè conceptæ à pactis affirmatiuis distinguũtur, non eodẽ mo-

P do pol-

do pollicitationes negatiuè conceptę distinguantur à pactis negatiuis : Facio rem 9 claram exemplo; Qui Rempub. sibi anteà contrahendo obligauerat, cum ab ea sibi honores decerni postularet, propter hos ipsos honores promisit id non petere, quod sibi ex eo contractu debebatur. Hìc ego quæro, sitne hæc pollicitatio, uel minus; si id negas quæro, quæ causa impediat, quominùs hoc casu inducatur pollicitatio, cùm scilicet negatiuè uerba concipiuntur, prout proculdubio induceretur, si affirmatiuè aliquid eo ipso nomine promissum fuisset. Quod si hanc quoq; pollicitationem esse affirmas, quæro cur cũ de pactis de non petendo toties loquantur iurisconsulti, ut in l. iurisgentium. §. pactus ne peteret, cum sim. ff. de pact. pollicitatio tamen de non petendo ipsis planè incognita sit, ita ut de ea ne quidem ulla usq̃ mentio reperiatur. Qua ex re uidetur concludi posse, non induci pollicitationem, cum quis Reip. pollicetur non petere, etiam si ultrò polliceatur, ac propter honores, aliamve similem causam, ex qua pollicitatio induci solet. Vt ergo commodiùs nostram hac de re tota sententiam aperiamus, eamque tradamus explicationem, ex qua mox solutiones ad propositas difficultates omnes desumi possint, nonnulla nobis breuiter præmunienda sunt, quæ sint huius theoricæ nostræ prima quasi fundamenta. Primùm itaque considerandum est, in hac nostra 10 iuris disciplina, duas sæpenumerò species reperiri, quæ licet diuersæ, ac uerè inter se distinctæ sint, ita tamen se habent, ut una in altera, tanq̃ pars in suo toto includatur. Cuius rei exemplum ex seruitutibus formalibus desumi potest. Iter, uia, & actus sunt species diuersę seruitutum, si tanq̃ formales seruitutes considerentur, & tamen primæ posterioribus, ut notissimum est, tanq̃ partes suo toto continentur. Etenim uia totam itineris facultatem includit, neque quicquàm habet, qui uia uti potest, quod non & ille habeat, cui seruitus actus concessa fuit; sic & usus continetur in usufructu, qui pars dominij est. Quanq̃ illæ species, quæ alteri cuipiam includuntur, eo ipso non formaliter (ut ita dicam) tanquàm seruitutes, sed (ut nostri dicunt) causaliter tantùm accipiuntur. Potest præterea ad hanc rem afferri exemplum pacti, ac stipulationis, quæ rectè hìc à Iasone, & ab alijs, ut diuersæ species enumerantur, & tamen quicquid in se pactum continet, id totum in stipulatione reperitur. ar. l. an inutilis. ff. de accept. Habet stipulatio duorum consensum, ac conuentionem, habet præterea formam & solemnitatem; Ita fit, ut quanuis pactum nudum per se consideratum, & prout uerborum caret solemnitate, species conuentionis à stipulatione distincta dici possit (unde etiam factum est, ut sub diuersis titulis compilatores & de pactis, & de stipulationibus egerint) tamen si solam tùm pacti, tùm stipulationis materiam spectes, in stipulatione ipsa tanquàm in toto pactum contineri rectè concludas. Quod ipsum etiam in testamento, & codicillis optimè perspicitur; Sunt testamentum, & codicilli duæ diuersę species ultimæ uoluntatis. l. ult. C. de codic. & tamen quicquid uis, & roboris habent codicilli, id planè totum in testamento inest. Cum enim quinque testes in codicillis satis sint, 11 in testamento septem, sicuti minor numerus includitur in maiori, ita forma codicillorum sub ipsa testamentorum forma continetur. In eiusmodi uerò rebus, quæ licet species distinctæ sint, possunt tamen se habere ut pars, & totum, id obseruatur, ut 12 quoties illa species, quæ se habet ut totũ, omni ex parte efficax est, ita ut partes eius omnes æquè cõcurrãt ad aliquẽ iuris effectũ producẽdũ, tũc altera species, quę tanq̃ pars

in illa

in illa ipsa includit nunq̃ attẽdat, neq; per se ut species diuersa, diuersusq; iuris terminus accipiat, sed effectus illi soli speciei tribuat, quæ habet se ut totũ, altera uerò nõ aliter nisi quà huius totius pars est, considerat. At cùm species illa, quæ se habet ut totum, non ut totũ efficax est, sed pro parte tantũ, tunc resoluitur utplurimũ in illã speciem, quæ se habet ut pars; illaq; non amplius considerat ut pars, sed ut species per se distincta. Qua ex re fit, ut quemadmodũ soli illi speciei, quæ se habet ut pars, totus ille effectus tribuitur, sic ab ea sola actus denominet. Atq; hoc ipsum liquidò apparet ex iisdem illis exemplis,
13 quæ proximè adducta sunt. Etenim, ut de seruitutibus primò dicamus, si fortè in concedenda uiæ, uel actus seruitute, tàm angusti loci demonstratio facta fuerit, ut neq; uehiculũ, neque iumentũ ea ire possit, iter magis, quàm uia, aut actus acquirit. l. si tàm angusti. ff. de seruit. Quia cum concessio non quoad omnes partes ualeat, quæ uiam, & actum inducere possent, ualet saltem quoad illam partem, quæ itineris seruitutem constituit, & ab ea sola nomen cõcessio illa desumit. Pari ratione stipulatio, siue acceptilatio, si quãtum ad solẽnitatem uerborũ inutilis fortè sit, potest saltem ualere quantum ad consensum, & ab hac sola parte uti effectum, ita nomen sortitur: non enim amplius stipulatio, sed pactum nominatur, ideoq; meritò dixit Vlp. inutilem stipulationem, siue acceptilationem, utile pactum habere. l. an inutilis. ff. de acceptil. Ita denique testamentum, si quantum ad hæredis institutionem inutile sit, aliasve solemnitates, quæ in eo requiruntur, ualet saltem in uim codicillorum, si id se uelle testator dixerit. l. ult. C. de iure codicill. Qua de re plenè Accurs. Bart. & alij in l. 1. §. si quis ita. inf. eo. Et hoc primum est, quod nobis hac in re præcognoscendum fuit. Secundò illud quoque præmuniendum
14 est, quod facilè omnes admissuros esse non dubitamus, solere pleraq; uerba à nostris iurisconsultis accipi duobus modis. Vno enim modo sumuntur in communi, vulgataq;, etiam apud iuris imperitos, significatione, nimirum quatenus nullis consideratis iuris effectibus, nudè tantùm, ac simpliciter res aliqua, seu factum aliquod significatur. Altero modo accipiuntur uerba in ciuili, seu legitima significatione, quatenus significant certum aliquem iuris terminum, qui non ita nudè, & simpliciter quantũ ad rem ipsam, ipsumq; factum, sed propter aliquos iuris effectus consideretur. Demonstrat
15 hoc nobis uerbum, possessio, quod si sumatur in significatione communi, & seruo, & colono rectè tribuitur; quanuis non uerè illi possidere dicantur, si spectemus legitimã huius uerbi significationem. l. seruus, cum simil. ff. de acq. possess. Suntq; alia eiusmodi exempla permulta. Sumitur usus, ut est factum utendi. l. stipulatio ista. §. ij qui inf. eod. alioq; etiam modo sumitur, ut est seruitus formalis; Sicq; etiam uerbum iter in cõmuni significatione factum eundi significat, itemq; locum, unde itur, In significatione uerò legali itineris seruitutem significat. De substitutione pariter idem uidemus; quanuis enim substitutio, quatenus iuris terminus est, significet secundam institutionem in legitimo testamento factam, uulgò tamen quamcunque subrogationem significat: Quin etiam ad pecora, ad uineas, & ad arbores refertur. ar. §. sed si gregis. inst. de rer. diuis. l. agri. ff. de usufr. l. si grege. ff. de leg. 1. Iam uerò, ut ad rem nostram proprius accedamus, si rectè animaduerterimus, hæc quæ diximus, in pollicitatione quoq;, de qua nobis nunc agere propositum est, facilè perspiciemus. Nam quod primò demonstrauimus, posse duas species quantumuis inter se diuersas, atque distinctas, ita sese habere, ut una uelut totum quiddam alterã ut partem in se contineat, ad
16 pactum, & pollicitationem non minus rectè accõmodatur: Siquidem pactum, & pol-

P 2 licitatio

licitatio diuersæ species proculdubio dicendæ sunt, cum diuersas habeant diffinitiones, & tamen pollicitatio potest in pacto includi, non secus atque in suo toto pars includatur. At cùm interdum contingat, ut pollicitatio per se ad agendum ualeat, ita ut alterius acceptatio superuacanea sit, tunc meritò ipsa per se tanq̃ actus distinctus, ac planè diuersus accipitur. Ita fit, ut pollicitatio, quæ pars pacti est, eadem rectè quoque dici possit esse species à pacto diuersa, ut probabimus posteà, Nam quæ nunc uerbotenus affirmamus, postmodùm uerè ita sese habere, in huiusce explicationis progressione, accuratius demonstrabimus. Quod prætereà secundo loco diximus de duplici uerborum si- 17
gnificatione, non minus perspicuè cernitur in pollicitatione; nam & in significatione cõmuni, & in significatione legitima pollicitationẽ usurpari sæpè reperiemus. In significatione legitima usurpatur, quoties accipitur ut terminus iuris, Tunc uerò accipitur ut terminus iuris, cùm sola illa ultronea promissio, quam propriè appellamus pollicitationẽ, satis per se est ad obligationem; & hoc modo pacti societatem nunq̃ sustinet; Ita enim 18
pollicitatio est, ut neq; pactum, neq; ipsius pars sit. Quod si pars pacti esset, uerè pollicitatio secundum hanc significationem dici non posset. Quoties enim æquè ex acceptatione eius, cui promissum est, atq; ex promissione oritur obligatio, neque minus acceptatio, quàm promissio considerabilis est, ita ut ex utraque simul pactum inducatur, nunq̃ poterit in hac legali significatione pollicitatio appellari, quatenus scilicet terminus iuris est, atq; species ab ipso pacto distincta, prout consideratur, & definitur à Vlp. in l. pactum. ff. de pollic. At uerò in communi, uulgataq; significatione pollicitationem usurpamus, quoties non quidem terminum aliquem iuris per se distinctum significare uolumus, neque ullum iuris effectum spectamus, sed illam tantùm promissionis qualitatem exprimere uolumus, quod ultrò non roganti promissio facta fuerit. Hæc enim est communis huius uerbi significatio, ut apertè ostendunt illæ leges, quę promis- 19
sionem à pollicitatione distinguunt, ut l. 1. C. de iure dot. & l. ult. C. ad Velleian. Et in hac significatione pollicitatio non tantùm cum pacto, sed etiam cum alio quocunque contractu, qui modò absque re contrahatur, potest esse coniuncta; cum in quocunque contractu possit hoc euenire, ut ultrò alicui non petenti promissio fiat. Sic habemus & quando pollicitatio accipiatur in significatione uel communi, uel legali, & quid referat, utrùm hac, uel illa significatione accipiatur. Accipitur in legali significatione, quoties ultronea promissio per se idonea, ac sufficiens est ad iuris effectum, neque eget adminiculo acceptationis; fuit enim tunc necesse diuersum ex ea terminum constituere, 20
qui à pacto, alijsq; omnibus conuentionibus seiungeretur, ut toto tit. de pollicit. Ideoq; ibi uidemus iurisconsultos non animaduertisse, utrùm acceptatio interuenerit, uel minùs; Cùm satis habeant ipsi ex sola pollicitatione oriri actionem, quæ qua ratione oriatur inferius dicemus. Itaque quoties sola pollicitatio parit actionem, quoniam, uel si maximè acceptantis consensus interuenerit, nulla tamen ipsius habetur ratio, propterea sola per se pollicitatio consideratũ ut terminus iuris à pacto, aliisq; omnibus conuentionibus distinctus, ut considerant iurisconsulti omnes in d. tit. ac præcipuè Vlp. qui separatã eius diffinitionẽ tradit in l. pactum, illo tit. Quoties uerò per se non attendiť promissionis solius efficacia, quatenus ab acceptatione seiuncta est, sed illud tantùm inspicitur, ultronè, ac non petenti facta fuerit, nõ cõuenit nomen pollicitationis, nisi in cõmuni significatione, in qua omnibus etiã & pactis, & contractibus conuenire potest; Et ita accipiendæ sunt omnes fermè leges, quæ extra illum tit. de pollicitatione loquuntur,

quas

quas qui diligenter conſiderauerit, poterit facilè animaduertere, eas nõ loqui de ſola promiſſione, quæ per ſe conſideretur, aut ſine ope acceptationis ad rem ullam idonea ſit, ſed ſponte factam promiſſionem uelle demonſtrare ut d.l.1.C. de iure dot. d. l. ult. ff. ad Velleian. l. qui mutuam. C. de dotis promiſſ. l. donationis C. de donat. l. metum §. ait prætor. ff. de eo quod met. cauſ. Vtrum uerò accipiatur in communi, an in legitima ſignificatione, hoc referre diximus, ac nũc denuo inculcamus, quia pollicitatio ſumpta in legitima ſignificatione, ideſt quatenus eſt terminus iuris, ac ſpecies per ſe diſtincta, ſubiecto nunquam cum pacto concurrit, & ubi pactum eſt, ibi pollicitatio eſſe non poteſt. Siquidem ut pactũ dicatur, acceptationis quoque ratio habenda, eſt at hoc legalis pollici-
21 tationis naturæ reclamat. Cùm uerò ſumitur pollicitatio in ſignificatione communi, poteſt & pacti, & cæterarum etiam conuentionum formã aſſumere; Nã cum paſſim apud omnes pollicitatio dicatur promiſſio, quę ultrò facta ſit, ac de eo quod ne cogitatum quidem antea fuerat, quid repugnat, quominus hoc modo pactum, & quęcunque conuentio fieri poſſit? Quoties igitur ita fiet, non different ſubſtantia pactum, et pollicitatio, ideoq; nõ poteſt hoc modo accipi pollicitatio à Vlp. in d.l. pactũ, cum pacti, & pollicitationis diuerſas diffinitiones tradit, ſed ratione tantùm differrent, & (ut Græci dicunt) καταλογικῶς Hoc modo ſcilicet, quia ſi promiſſionis qualitatem illam cõſideremus, quòd non petenti ultrò facta fuerit, dicemus eſſe pollicitationẽ, ſi uerò alterius acceptantis cõſenſum, rectè pactum appellabimus. Neque magis pugnabit, poſſe eundem actum dici
22 & pactum, & pollicitationem, diuerſis ſcilicet conſideratis, quàm pugnet eundem eſſe & hominem, & muſicum, uel eum qui unius eccleſiæ ſit canonicus, alterius epiſcopum eſſe, aut deniq; qui in una ciuitate ſubditus ſit, in altera eũ dominum, atque principem eſſe. At uerò hîc cauendum eſt diligenter (ne id fortè nos decipiat, in quo cæteri omnes planè decepti ſunt) quod cum dicimus pollicitationem ſumptam in latiſſima ſignificatione ſo-
23 lius offerentis promiſſione perfici, iuxta diffinitionem Vlpiani in d.l. pactum, non negamus quin ipſi pollicitationi acceptãtis cõſenſus accedere poſſit, ita ut nihilominus ueriſſimè, maximeq; propriè pollicitatio dicatur; Sed intelligimus (nec dubitamus quin ſic Vlp. intellexerit) ipſius acceptationis nullã prorſus rationem habendam eſſe, cùm tota efficacia ſoli pollicitationi tribuenda ſit, nec ad ullos iuris effectus ipſa acceptatio quicquam proſit. Proptereà uidemus, ut & ſupra animaduerſum eſt, Vlp. ac cæteros iuriſcõſultos in eo titu. de pollicitationibus, non id exigere, ut acceptatio abſit, ſed illam planè negligere tanquam ſterilem, atque inefficacem, non ſecus atque in uiridi arbore ſiccos ramos
24 negligimus, atque amputamus. Eamobrem ergo cum pollicitatio nobis aliqua proponitur, non in communi, ſed in legitima ſignificatione, quæ ab altera parte fuerit acceptata, non proptereà minus pollicitationem eſſe dicemus, neque ob id pacti naturam aſſumere, ſed ſolam attendemus pollicitationem; Quia quamuis uerum ſit, acceptãtis quoque conſenſum adeſſe, tamẽ nos illũ nullatenus cõſiderabimus, neq; illud quidẽ apprehẽdemus, promiſſionẽ nõ eſſe acceptatã, ſed acceptatione non conſiderata ſolam promiſſio-
25 nem, ſeu pollicitationem attendemus. Sic mathematici, qui ſemotam, ac planè abſtractã ab omni materia quantitatem conſiderant, non id quidem apprehendunt, quantitatem ſine materia eſſe poſſe (nam hoc modo illorum apprehenſio penitus falſa eſſet) ſed nulla materiæ habita ratione, ſolam quantitatem ſibi conſiderandam proponunt. Atq; hoc ipſum etiam in re admodum ſimili egregiè explicant nobis Ariſtotelis interpretes, ac Diuus Thomas inter cæteros. 1. lib. de anima dum ex ipſius Ariſtotelis ſententia demonſtrant

ſtrant quomodò genus habeat eſſe (ut ita dicamus) immateriale, & quomodo ex multorum collectione conſtituatur; Dicũt enim intellectũ non id apprehendere, naturam 26
communem ſine principiis materialibus, & (ut ipſi inquiunt) indiuiduantibus eſſe, quia hoc modo apprehenſio eſſet falſa, ſed apprehendere naturam tantùm communem, puta hominis, ſiue alterius rei cuiuſcunque, quæ natura conſtet, principia uerò immaterialia & indiuiduantia, puta hanc carnem, & hæc oſſa minimè animo, & cogitatione complecti. Nec debere hoc abſurdum ideò iudicari, quod ſine eiuſmodi principiis materialibus communis hominum natura eſſe non poſſit, nam etiam cum album hominem proponis, quamuis non poſſis ab eo albedinẽ ita animo ſeparare, ut apprehendas illum albũ non eſſe, tamen poteris, albedine ipſa non conſiderata, ſolum hominem apprehendere. Non ſecus ergo & de pollicitatione concludendum eſt, nam cum illa per ſe efficax ſit, ac ſe ſola contenta, non id curamus, utrum acceptantis conſenſus interuenerit, nec ne. Non 27
quia id apprehendamus, acceptantis conſenſum nõ adeſſe, nam hoc modo apprehenſio falſa eſſet, cum imò ferè ſemper ille adſit (& hoc eſt quod apud noſtros interpretes maximas turbas excitauit) ſed omiſſa planè, ac non conſiderata acceptatione, ſolius offerentis promiſſionem attendimus, atque illam uerè pollicitationem eſſe definimus..

ARGVM.

QVomodo hęc, quæ ſimplicius hucuſque tradita ſunt, ad pollicitationes tùm priuatis, tùm reip. factas, atque etiam ad propoſitarum dubitationum ſolutiones applicari poſſint.

1 Quomodo accipienda ſit pollicitatio quæ priuatis ſit.
2 Verè affirmari poteſt, pollicitationes factas priuatis efficaces eſſe.
3 Ratio cur pollicitatio relata ad priuatos nunquam alio modo quàm in cõmuni ſignificatione accipiatur.
4 Cur priuatis non obligemur, niſi eorũ cõſenſus accedat.
5 Nũquã adeſt æquitas, quæ ad pfectè obligandum ſatis ſit, niſi is cui promiſſum promittentis fidem ſequutus fuerit.
6 Quomodo probetur pollicitationem relatam ad remp. ſemper accipi in legitima ſignificatione.
7 In pollicitatione facta reip. actio, & omnes iuris effectus inde prouenientes ſoli ipſi pollicitationi, non autem acceptationi tribuuntur.
8 Multa in quocunq; actu adhiberi poſſunt, quæ tamen ad illius actus ſubſtantiam nihil pertinent, nihiloque magis conſiſiderantur, quàm ſi nullatenus interueniſſent.
9 Quæ ſit ratio diuerſitatis inter priuatos, & remp. cur reip. facta pollicitatio ſola attendatur, cum tamen in priuatis acceptantis conſenſus ſit neceſſarius.
10 Dupliciter poſſumus quid reip. polliceri, aut ſimpliciter, aut ob cauſam, quę futurum aliquid reſpiciat.
11 Propter opus cœptum agitur ex pollicitatione etiam facta ſine cauſa.
12 Variæ intelligentiæ l. Charidemo. ff. de pollicit.
13 Gladiatorii muneris atrocitas.
14 Nouus eiuſdem legis ſenſus.
15 Regula conſtitui poteſt pollicitationẽ ſimpliciter factam etiã Reip. inefficacẽ eſſe.
16 Cauſa impulſiua non impedit quominus pollicitatio ſimpliciter facta dicatur; ut cum quid ob honorem iam decretum pollicemur.
17 Conſenſus nõ per ſe ſolus immediatè obligationem producit.
18 In pollicitatione facta reip. quæ concurrãt ad obligationem inducendam.
19 Ex uoto cur obligemur, multò maior eſt ratio, quàm ex pollicitatione facta reipub.
20 Cur acceptantium decurionum conſenſus non attendatur in eo quod reip. polliceamur

CAP. XX.

HVius nostræ sententiæ quasi summam hactenus exposuimus, nunc autem, ut plenius doceamus, quando uel in communi, uel in legitima significatione accipiatur pollicitatio, ac simul ea quæ simpliciter hucusque tradidimus,legū authoritate aliquantò accuratius comprobemus, distinguendum in primis esse arbitramur, priuatonè fiat pollicitatio, an uerò reip. uel Deo opt. max.nam quod Deo uouemus,prorsus pollicitationi comparatur. l. 2. ff de pollicit. ac de utraque separatim nobis agendum est. Quod attinet ad priuatum, constanter affirmari potest, nunquam ad
1 eum referri pollicitationem, quin sumatur in vulgata,communique significatione; tunc enim iurisconsulti promissionem priuato factam appellant pollicitationem,cùm promissionem ultrò factam significare uolunt. Quare nō concedimus pollicitationem in priuato inefficacem esse, quia cùm hoc modo pollicitationis nomen rectè tribuatur uariis cōuetionibus, in quibus ultrò aliquid promissum fuerit,sicut illę uariis de causis possunt effi
2 caces,uel inefficaces esse,sic dicimus ēt pollicitationes,quæ fiunt priuato,efficaciā habere uel nō habere posse.Quod qui negant,in eo decepti sunt, quòd crediderūt nō posse esse pollicitationem, in qua consensus acceptantis interuenerit;Sed ut ipsi quod sentiunt,nullo modo probare possunt, ita nos sententiam nostram probamus ex illis omnibus legibus, quæ ex pollicitatione sibi facta,priuato actionem concedunt, ac præsertim ex l.ult. C.ad Velleian. ubi Iustinianus nihil referre statuit, utrum quis pro muliere dotem pollicitus sit, uel spoponderit. Quod ipsum etiam habetur in l. 1. C. de iure dot. facitque ad hoc l.1.§.penult. ff. de collat. dotis. l. si mutuam. §. salarium. ff. mand. cùm aliis multis superius adductis. Sed quæ ratio est (inquies) cur in priuato nunquam pollicitatio alio
3 modo quàm in communi hac,& vulgata significatione accipiatur? Hanc rationem ex iis,quę supra diximus,licet facilè intelligere. Diximus quando ex duabus speciebus una tanquam pars in altera includitur, illam,quæ partis uicem obtinet,nunquam accipi in legitima significatione,hoc est nō considerari per se, ut terminum iuris, & ut speciem ab altera distinctam, nisi quando per se producit aliquem iuris effectum, ita ut reliquæ partes illius totius uel inutiles sint, uel certè non sint considerabiles, quemadmodum uariis exemplis demonstrauimus. At in priuato nunquam sola promissio ipsi facta efficax est ad producendā obligationē,sed semper acceptantis cōsensus in ea cōsideratur. Quod optimè

mè ostendit nobis Vlp. qui cùm de priuatorum obligationibus loquitur, dicit nullã esse obligationẽ, quæ non habeat in se consensum l.1.ff. de pact. Ac si híc quoque quæras rationem, cur priuatis non obligemur, nisi eorum consensus accedat, respondeo quærendam esse potius rationem, cur secus sit in rep. & de hoc inferius agemus; Nam quod in 4
priuato constitutum est, apertissimam rationem habet. Obligationis fundamentum omne æquitas est l. Stichum. §. naturalis. ff. de solut. æquitas autem naturalis quæ perfectam 5
obligationẽ inducit, nõ ex eo solo oritur, quòd promissum aliquid fuerit, sed ex eo quòd alter acceptauerit, ac promittentis fidẽ sequutus fuerit. l. nõ amplius. §. is natura debet. ff. de reg. iur. At non dicitur quis alterius fidem sequutus, nisi quatenus acceptauit. Quare fit, ut in priuato pollicitatio per se ad obligandum æquitatis non satis habeat. Quod cùm ita sit, satis ex hoc rationẽ habemus, cur per se tanquã terminus iuris, ac tanquã species à pacto diuersa inter priuatos homines pollicitatio nõ cõsideretur. Et hæc de pollicitatione quæ priuatis fit. Quod uerò attinet ad illã, quæ fit reipub. contrariũ cõcludendũ est, nimirum accipi illam in legali significatione, prout iuris terminus est, & species à pacto di- 6
stincta. Idque apertissimo argumento demonstratur; Nam cùm diuersimodè uideamus accipi pollicitationem, negari non potest, quin in eo potissimum titulo ut terminus iuris, & ut species distincta accipi debeat, in eo (inquam) titulo quem de pollicitationibus compilatores inscribunt, & quem à titulo de pactis seiungunt. At in eo titulo de pollicitationibus tantùm reipub. factis loquuntur, quibus (ut diximus) uotum comparatur l.2. eiusdem titu. Confirmatur hoc prętereà, quia eodem illo in tit. in l. pactum traditur diffinitio pollicitationis à pacti diffinitione penitus diuersa, quod certè non fieret, nisi pollicitatio acciperetur vt terminus iuris, & tanquã species à pacto diuersa. Qua ex re iam perspicuè apparet, propter ea quæ nos supra docuimus, in pollicitatione facta reipub. ipsius acceptationis nullam haberi rationem, sed & actionem, & omnes iuris effectus, quotquot inde proueniunt soli pollicitationi debere tribui. Ne- 7
que enim alia causa facit, ut ex sola ipsa pollicitatione diuersus iuris terminus, & à pacto seiunctus constituatur, nisi quia cum pactum sit duorum consensus, non ibi certè pactum induci potest, ubi acceptantis consensus (uel si is maximè interuenerit) nullatenus attenditur. Nec mihi sæpè illud inculces, posse contingere, ut huic quoque pollicitationi, quæ reip. fit consensus acceptantis accedat, Nam fateor non modo hoc posse contingere, sed ut plurimum, imò ferè semper ita esse, sed tamen dico híc acceptantis consensum 8
nihilo plus operari, quàm in condendo testamento operetur consensus hæredis, aut in aditione hæreditatis consensus legatarii; Quia sicut in iis actibus sola uel testatoris disponentis, uel hæredis adeuntis uoluntas ualet, neque aliud præterea ad testamentum, uel aditionem necessarium est, sic quandò pollicitatio fit reip. usque adeò illa per se efficax est & ad obligationem, & ad actionem ut nullum, acceptationis adminiculum amplius desideret. Sed dubium hìc est, cur pollicitatio, quæ fit reipub. (de ea loquor quæ ad agẽ 9
dum efficax est) à se ipsa tãtùm hanc efficaciam agnoscat, ita ut in illa consensus acceptãtis non attendatur, cùm tamen pollicitationes, quæ priuatis fiunt, ex ipsa potissimum acceptatione robur, ac firmitatem assumant. Mirum certè hoc primò aspectu unicuique uidebitur, nam si in contrahendo reip. semper tantum tribueretur, ut posset sibi alios obligare ex iis causis, ex quibus ipsa aliis non obligaretur, nemo esset qui uellet cùm rep. cõtrahere. At quoniam constat non in aliis speciebus hoc admitti iuxta no. in l. ciuitas. ff. si cert. petat. uidendum est quatenus, aut qua ratione hoc reipub. concessum sit, ut in

actio-

o actionibus proponendis præcipuo iure utatur. Animaduerto pollicitationem, quæ fit Reip. aut simplicem esse, aut ob finalem (ut ita dicam) causam aliquam fieri, Velut, cùm Reip. aliquid promittitur, ut ipsa quoque inuicem aliquid faciat, uel præstet; Quoties pollicitatio simplex est, rectè regula constitui potest non ualere illam, neque actionem producere, neque enim satis est factam esse Reip. nisi ob causam facta fuerit, Traditur hoc in l. 1. §. non semper autem, illo ipso tit. de pollicit.

Non semper autem (ait ibi Vlp.) obligari eum qui pollicitus est, sed si quidem ob honorem promiserit decretum, uel decernendum, uel aliquam iustam causam tenebitur ex pollicitatione, si uerò sine causa promiserit non erit obligatus, & ita multis constitutionibus & ueteribus, & nouis continetur. Quanuis secus sit ubi opus ali-
11 quod licet sine causa promissum cœptum fuit, ut ibidem subijcitur; At si opus non cœperit, qui sine causa pollicitus erat, nulla actione tenebitur. Hoc modo etiam intelligenda est. l. Charidemus eo. tit. Charidemus respondit, ex epistola, quam muneris edendi gratia absens quis emisit, compelli non potest, quia nulla ibi causa proponitur ex qua fuerit facta pollicitatio, pollicitationem uerò sine causa etiam Reip. factam inutilem esse iam demonstratum est. Quocircà frustrà prorsus uidentur mihi nostri interpretes circa illius legis intelligentiam insudasse, dum rationem quæsierunt cur ibi
12 pollicitatio inutilis sit. Sentiunt plerique ideò non ualere pollicitationem illam, quia missa fuerit epistola; Epistolam uerò pollicitationi propterca impedimento esse putant, quòd qui epistolam accipit, pollicitationi consentire credatur, ubi uerò consensus accedat, non pollicitationem, sed pactum induci arbitrantur, ita refert hìc Ripa inter alios nu. 26. & hęc ratio uidetur frequentiùs probari; Alciatus in d. l.
13 Charidemus. existimat hoc potiùs gladiatorij muneris atrocitati tribuendum esse, ut ob eam causam pollicitatio minus probetur, Idque uarijs antiquorum scriptorum authoritatibus confirmare conatur, quod tamen à sententia Vlpiani in ea lege alienissimum est. Mihi uerò frustrà uidentur Doct. de illius legis ratione dubitasse, cum ibi nulla extet causa, ex qua fuerit facta pollicitatio, ac pollicitationem sine causa non ualere, uel prima illius tituli lege à Vlpiano ipso admoneamur. Vnde & in alijs legibus illius tituli uidemus iurisconsultos, in eo potissimum occupari, ut causas enumerent, quæ pollicitationem ad agendum efficacem reddunt. l. propter
14 incendium, & l. ob casum illo tit. de pollicitat. Quanquàm & alio modo existimo exponi posse responsum illud Vlpiani in l. Charidemus, ut dicamus ibi epistolam non ad Rempub. seu decuriones missam fuisse, neque enim ullum ibi uerbum habetur, unde hoc colligi possit. Quare ut diuinatio omnis absit, possumus intelligere ad alium aliquem epistolam fuisse missam, puta ad uenatores qui ad publicam uenationem populo edendam, feras inuenirent, uel ad amicos forsan, qui muneris edendi rationem inirent, atque ad eam rem necessaria pararent Cum uerò hæc epistola fortè ad decurionum manus peruenisset, & dubitaretur, an ex ea intelligeretur facta pollicitatio, ita ut qui scripserat, ad muneris editionem compelli posset, hac de re consultus Vlp. respondit, compelli eùm non debere, quæ responsio rationem sanè maximam habet, cum is Reip. nihil uerè pollicitus sit, quanuis idipse animo agitauerit, atque etiam amicis fortè uoluntatem suam testatam fecerit. Et hoc quoque multò probabilius est, quàm quæ nostri interpretes in illius legis explicatione nugantur. Vtcunque res sese habeat, regula hæc intrepidè constitui

poteſt pollicitationem factam Reip.ſine cauſa, ab eo ſcilicet qui nihil à Rep. poſtulat, 15
ac nihil ſe conſequuturum ſperat, actionem non producere. Ab hac tamen regula il-
li caſus excipiendi ſunt, quorum proximè meminimus, cùm ſcilicet aliquis promiſit
propter incendium, uel terræmotum, uel aliquam ruinam, quæ Reipub. contigerit, uel
ob quemcunque caſum, quem ciuitas paſſa ſit. l. propter incendium. l. ob caſum illo tit.
de pollicit. Intelligo has omnes pollicitationes ſimplices eſſe, quæ factæ ſunt ſine
cauſa (ut ita dicam) finali, quæ proprium pollicentis commodum ſpectet, nimirum,
cum is qui pollicetur, nihil contra à Repub. poſtulat, aut expectat, quanuis adſit cau-
ſa impulſiua, quæ pollicitationem interdum efficacem reddit. Atque in hoc numero 16
poſſumus reponere illam quoque pollicitationem, quæ fit ob honorem iam decre-
tum, non decernendum dico, ſed iam decretum. Nam tunc qui pollicetur nihil con-
tra à Rep. poſtulat, cum iam honorem fuerit conſequutus, tametſi (ut dixi) cauſa
impulſiua non deeſt d. l. 1. §. non ſemper. Ratio uerò cur in eiuſcemodi ſpeciebus
poſſit agere Reſpub. cum tamen hoc priuato non concedatur, ratio hæc (inquam)
non ex conſenſu, cuius iam diximus in legali pollicitatione nullam rationem habe-
ri, ſed ex alio æquitatis fonte deſumenda eſt. Nam uel ſi id ſeruari æquitas poſtulet, in
quod conſenſum eſt, poſſunt tamen & alia eſſe, ex quibus æquitas deriuetur. Æqui-
tatem uerò ipſam adeſſe ſatis eſt, ut inducatur obligatio, quanuis non ex conſenſu pro
ueniat. Neque enim conſenſum per ſe, ſed æquitatem obligationis fundamentum eſſe 17
tradidit Paul. in l. Stichum. §. naturalis. ff. de ſolut. Æquiſſimum porrò iudicarunt le-
gum noſtrarum authores compelli eum ad ſolutionem, qui ob incendium, terræmo-
tum, uel alium ſimilem caſum quanuis ſimpliciter, ac nullius ope præmij Reip. aliquid
promiſerit, quoniam præter fidem datam in pollicendo, urget maximè illud pietatis 18
uinculum, quo patriæ quiſque ſuæ deuincti ſumus. At neque illud æquitatis ſatis ha-
beret, ut propterea promiſſor compelli deberet, niſi accederet tertiò præſens Reip. ca
ſus, & neceſſitas, quæ facit, ut à quocunque ciue illã deſeri parum pium, & honeſtum,
ab ijs uerò qui prius polliciti aliquid erant quaſi naturalem æquitatem agnoſcentes,
deinde mutato propoſito ipſi Reip. quaſi illudunt, omninò illicitum habeatur, cùm
præſertim potuerit eorum promiſſio alios negligentiores reddere, qui alioquin ob in-
ſtantem neceſſitatem fuerant promiſſuri. Quod ipſum dici poteſt etiam quando ali-
quis ob honorem iam decretum pollicitus eſt, tunc enim tria pariter adſunt, quæ
ſoluendi neceſſitatem inducunt, nam pręter promiſſionis momentum, adeſt æquitas
paris gratiæ benefacientibus referendæ, quę cum patrię charitate concurrit. Atqui
certè in pollicitatione Deo facta, quam peculiari nomine uotum appellamus, multò 19
magis uiget hæc ratio. Cum quicquid omnes & poſſumus, & habemus, id totum ſo-
lius præpotenti Dei benignitati acceptum feramus. Ideò dici non poteſt quanto illi
plus, quàm ipſi patrię, uel alijs quibuſcunque debeamus. At de pollicitatione pri-
uatis facta non idem dici poteſt. Namque in priuatis hanc tantam pietatis ratio-
nem non uigere exploratiſſimum eſt. Hanc puto eſſe ueriſſimam rationem cur pol-
licitatio etiam ſimpliciter, ac ſine ullius ſpe prœmij Reip. facta ſola per ſe ad agen-
dum efficax ſit. Ex ea uerò fit, ut acceptantium decurionum conſenſus non attendatũ, 20
cuius quidem ut tanto minus ratio habenda ſit, facit etiã illud, quoniã ita demũ alicuius
acceptatio, & conſenſus attenditur, quando ille recuſare, ac diſſentire poteſt, arg. l. uelle
non uidetur. ff. de reg. iur. at decuriones pollicitationem Reip. factam, quæ ipſius com-

modum

modum contineat, recusare non debent: Et hæc hactenus de simplicibus pollicitationibus Reip. factis, in quibus is qui pollicetur, nihil sibi contra à Repub. præstari postulat; Quod erat primum caput huius distinctionis, quam circa pollicitationes Reip. factas adhibuimus. Secundum caput erat, quando Reip. fit pollicitatio alicuius rei contemplatione, quam è contra is qui pollicetur, ab ipsa Repub. im-
21 petrare uelit, ueluti si Reip. aliquid pollicearis, ea fortè de causa, ut tibi extrahendi ex urbe frumenti facultatem concedat, siue ut publici serui in agro tuo opus faciant, uel ut in locis publicis aut uenari, aut armenta pascere, aut aliud quippiam agere tibi liceat. In quibus casibus, atque in alijs omnibus eiuscemodi concludimus Rempub. uti priuatum haberi, & propterea tunc pollicitationem Reip. factam non considerari tanq̃ terminum iuris, aut tanq̃ speciem à pacto diuersam, sed accipi tantùm in significatione communi, ita ut semper tanq̃ pars integralis ad speciem aliquam conuentionis referatur, quæ regula unam tantùm admittit exceptionem, ut posteà uidebimus. Iam uerò ratio, cur id ita sit, diligenter est aduertenda, eaq; (iudicio meo) talis est. Nam quoties commodi mei gratia, & ut mihi contrà aliud præstetur, Reip. aliquid polliceor, non æquè uideor naturalem illam obligatio-
22 nem agnouisse, qua patriæ tenemur, quemadmodum in superiori capite diximus, sed nihil aliud, quàm commodum meum uideor spectasse. Quare amota patriæ obligationis contemplatione, restat, ut Respub. tanq̃ priuatus consideretur. Quo fit, ut sicuti diximus legales pollicitationes non esse, quæ priuatis fiunt, neque specie differre à conuentionibus, sed earum totam efficaciam ab acceptantis consensu pendere, idem & in istis concludendum sit, quanuis Reip. fiant. Cum enim nulla alia de causa promittam, nisi ut ad illud præstandum, quod mihi contra exposco, decurionum uoluntatem, & consensum alliciam, fieri non potest, quin eorum consensus attendatur, & quin ab eo potissimum ęquitas omnis, atque huiusce promissionis efficacia pendeat. At non conuenit hoc naturæ pollicitationis legalis, à qua Vlp. amouet omnem consensum, eamq; solius offerentis promissionem esse
23 statuit: Ab hac regula unicam tantùm speciem excipio, cùm scilicet aliquis ob honorem sibi decernendum Reip. aliquid promittit. Dixi decernendum, quia si iam decretus fuerit, tùm pollicitatio quæ iam non aliò spectat, nihilque amplius sibi quærit, inter simplices pollicitationes potius referenda est, quare de ea satis iam supra loquuti sumus. At cùm honos decernendus est, licèt pollicitatio eo nomine facta uerè ob causam facta sit: tamen illis pollicitationibus, de quibus proximè sumus loquuti, nequaq̃ similis est, sola enim per se attenditur pollicitatio, tanq̃ terminus iuris, solaq; per se efficax est, neque utrum Respub. consenserit, uel minus ullatenus consideratur. l. 1. §. non semper. l. pactum. l. si quis ob honorem cum aliis simil. ff. de pollicit. Sed quæ tanta (inquies) huius diuersitatis ratio est, inter ho-
24 norum spem, aliasq; causas, ut tanti referat, utrum ob honores decernendos, an alterius cuiuscunque rei contemplatione pollicitatio facta fuerit? Venit mihi in mentem hæc ratio, quam uerissimam esse iudico, nam si in pollicitationibus, quæ propter honores fiunt, acceptantium decurionum consensus attenderetur, hoc nihil
25 aliud esset, quàm uendendo, seu permutando honorum commercia, & conuentiones inire; Quod ut ipso propè uocis sono turpissimum est, ita in Repub. nihil eo potest esse perniciosius. Atq; utinam demonstratione id egeret, nec tàm apertè experientia

Q 2 hoc

hoc ita esse ipsa doceremur. At esto (dices) turpe fuerit bonorum inire commercia, ac propterea admitti non debuerit, ut pollicitationis efficacia ab implemento, & consensu decurionum penderet; uerùm cur non potius constitutum est, hanc pollicitationem planè inefficacem, atq; inualidam esse, quemadmodum cum priuato alicui facta est, quàm eum, qui pollicitus est, ad præstationem inuitum compelli posse? Respondeo non potuisse, nec debuisse in hoc Rempub. cum priuatis æquo iure censeri, neq; enim cùm de honoribus decernendis agitur, potest Respub. comparari priuatis hominibus, à quibus neque honores, neq; munera ulla publica obtineri posse perspicuum est. Quare æquius uisum fuit, eum qui ob honores Reip. aliquid pollicetur, ex sola pollicitatione necessariò obligari, & ad soluẽdũ cõpelli posse, idq; ob rationem superiori capite adductã, quia quoties quis cum Repub. tanq̃ Repub. aliquid agit, uidetur semper naturalem obligationem illam agnoscere, qua tenemur omnes ciuili societati, in qua quisque uel natus est, uel saltem degit, publicosq; honores consequitur. Quare uoluerunt leges hunc actũ ex parte tantum illius esse inefficacem, qui illicitam uenditionem agressus est. Quod si quis fortè erit, cui hoc minimè absurdum uideatur, quod nos supra diximus absurdissimum esse, honorum commercia, & uenditiones fieri, ac reiecta hac nostra ratione dubitet adhuc, cur in pollicitatione ob honores facta pollicitatio ipsa potiùs per se attendatur, quàm acceptantis consensus. Respondeo huius rei aliam quoq; rationem esse posse. Etenim si ponis hoc, neque absurdum iudicas, honores pretio concedi consueuisse, credẽdum certè est, hoc potiùs auctionis, ac licitationis cuiusdam in modum, quàm alia ratione factum fuisse, ueluti cùm præconis uoci aliquid subijcitur. Id quod etiam ostendit uerbum polliceri, quod ἀπὸ τοῦ πολύ quod est multum, & liceri, quod auctionari significat, tractum fuisse probabilius est; At in licitationibus quanuis ille, qui 26 offert, statim obligetur, non tamen statim licitantis consensus accedit. Et licet ipse quoque licitator postremi offerentis promissionem approbare teneatur, id tamen in Repub. non est admittendum, semper enim illam liberam esse oportet, ut quæ in honoribus concedendis non solam pecuniæ oblatæ magnitudinem, sed & morum probitatem spectare debeat. Ac sanè facilè id contingere potest, ut qui plus obtulit, indignus planè sit, qui honorem illum adipiscatur, quod in priuatorum licitationibus, in quibus solum commodum spectatur, nunq̃ contingit. Ex his omnibus liquidò constare arbitror, quo pacto propositę superius difficultates dissolui possint. Et quod attinet ad primam, iam uidemus hæc duo minimè inter se pugnare, ut in pollicitatione consensus acceptantis non modò tacitus, sed & expressus interuenire possit, & tamen rectè Vlp. à 2 pollicitationis diffinitione consensum excludat in l. pactum. ff. de pollic. Cum enim pollicitationis uires, & efficacia nulla ex parte à consensu acceptantis pendeat, consensus iste in pollicitatione tanq̃ demortuus iacet, utpote qui nullos producit effectus, ac nullum quasi spiritum habet. Quare uel si is maximè & tacitè, & expressim in pollicitatione interuenire possit, tamen non debuit Vlp. in pollicitationis diffinitione illum complecti. Nec enim magis ad ipsius pollicitationis substantiam pertinet, quàm ad substantiam testamenti consensus hæredis, aut ad substantiã nuptiarũ (hodie præsertim iure Põtificio) consensus patris, uel ad perficiendam hæreditatis aditionem consensus aut creditorum, aut legatariorum, Et tñ in his omnibus actibus & hæredis, & patris, & creditorũ seu legatariorũ cõsensum uel expressum posse interuenire perspicuum est. Ex hoc etiam patet secundæ difficultatis explicatio, dum dubitabatur, quomodò accipiendum sit id 28

quod

quod ex pollicitationis diffinitione infert Vlp. in l. pactum. ff. de pollicit. ſcilicet ideò ex pollicitatione agi poſſe, quia ſit ſolius offerentis promiſſio, cùm potius uideretur contrarium inferri debuiſſe. Qua in re animaduertendum eſt, non illud ſimpliciter inferri poſſe agi ex pollicitatione, ſed ita conſtitutum eſſe, ſic enim loquitur Vlp. Et ideò (inquit) illud " eſt conſtitutum, ut ſi ob honorem pollicitatio fuerit facta, quaſi debitum exigatur. " Cur autem id conſtitui oportuerit, rectiſſimè ex eo infertur, quod in diffinitione pollicitationis traditum erat, nẽpe pollicitationem ſolius offerentis promiſſionem eſſe. Nam cum ex obligatione oriatur actio. l. licet. §. ea obligatio. ff. de procurat. obligatio uerò ex duorum conſenſu oriatur. l. 1. §. conuentionis. ff. de pact. ubi idem Vlp. nullam eſſe obligationem ait, quę non habeat in ſe conſenſum, maxima cum ratione poterat dubitari, an pollicitatio, quæ ſola offerentis promiſſione perficitur, deberet eſſe efficax, ita ut poſſet illud tanquàm debitum exigi, quod quis ob honorem Reip. pollicitus eſſet, videbatur enim pollicitationis natura ab obligationum regulis abhorrere. Eamobrem ergo conſtitutum eſt, ut tanquàm debitum id exigatur, quia ita naturali æquitati conuenire iudicatum eſt. Neque enim id ſtatuiſſent legumlatores, quod à naturali æquitate abhorreret. Quocircà uidentur mi-

29 hi noſtri interpretes erraſſe, qui naturalem obligationem ex pollicitatione oriri frequentius negarunt, quæ ſententia latius à nobis ſuperius confutata eſt. Quemadmodum etiam fruſtra (iudicio meo) dubitarunt, utrum ex pollicitatione oriretur ex-

30 ceptio. Nam ſi de legali pollicitatione loquamur, quæ definitur in l. pactum, quomodò poſſumus de exceptione dubitare, cùm ex ea pollicitatione actionem oriri uideamus? Si uerò pollicitationem in communi accipiamus ſignificatione, nihil eſt, quod de ea ſeparatas ullas regulas conſtituamus, nam cum ſemper uel cum ſimplici pacto, uel cum alijs conuentionibus ſubiecto concurrat, in ipſa locum habebunt ea omnia, quæ de conuentionibus à nobis ſuperius tradita ſunt. Tertia erat difficultas, qua ratione iuriſconſulti pollicitationem ab ea promiſſione ſepararint, quæ pactis continetur; Quod ipſum tàm accurratè nos hactenus explicuimus, dum ſeparatim & priuatis, & Reip. factas pollicitationes conſiderauimus, ut in eo diutius inſiſtere minimè neceſſarium ſit. Planiſſimè etiam ex prædictis explicatum eſt, quod quarto loco dubitabatur, cur ex pollicitatione ob honores ſibi facta non agat Reſpub. actione præſcriptis uerbis, ſed ex ſola ipſa pollicitatione, & cur non idem ſit, quando ob aliam quamcunque cauſam pollicitatio fit. Siquidem inter honores, & alias res, quarum ſpe, ac contemplatione poſſumus Reip. aliquid polliceri, apertiſſimam (ni fallor) rationem aſſignauimus. Ad quintam, & ultimam dubitationem,

31 dum quærebatur, qua ratione pollicitationes de non petendo à iuriſconſultis non fuerint conſideratæ, reſpondetur id neceſſe non fuiſſe; nam aut eo modo pollicitationes factæ proponuntur, & ob eas cauſas, quæ conſiderarentur in tit. de pollicitationibus, & uerè ſunt pollicitationes, neque fuit dubitandum, an parerent exceptionem, cùm & ad agendum efficaces ſint, quoties affirmatiuè aliquid continent. Si uerò ex alia quacunque cauſa polliceatur aliquis Reip. ſe non petiturum eiuſmodi pollicitationem in naturam pacti ſemper tranſire concludimus: Nam cùm per ſe efficaces non ſint, in ijs conſenſus Reip. acceptantis attenditur, ac præſertim cum ad pręcedentem aliquam conuentionem diſſoluendam pertineant, quę utriuſq; partis conſenſu conſtabat; Quare quæ de pactis de non petendo à iuriſconſultis

paſſim

passim tradita reperiuntur, in eiusmodi quoque pollicitationibus locum habebunt. Hæc de pollicitationibus est nostra sententia, accuratè hactenus explicata. Ex hac uerò tota explicatione possumus nonnullas colligere conclusiones, quæ Accursij, 32
Bartoli, aliorumque sententijs à nobis supra relatis penitus aduersantur. 1 Ac primùm ex sola præsentia, & taciturnitate consensum præsumi non concedimus. 2 Quanquàm præsumaturne, uel minus, ad propositam pollicitationum tractationem nihil credimus pertinere: 3 Ideoque Baldum, & sequaces inanem operam sumere, qui ut ostendant pollicitationem posse fieri præsenti, non præsumi inter præsentes consensum demonstrare contendunt. 4 Propterea etiam illud, quod Reip. potiùs quàm priuatis facta pollicitatio ualeat, non ea ratione fieri concedimus, quia minus in Rep. quàm in priuatis adsit consensus. 5 Quocircà illorum sententiæ penitus aduersamur, qui propter hanc ipsam rationem ea, quæ de Reip. pollicitatione constituta sunt ad ecclesiam, ad pauperes, ad collegium, & ad quancunque uniuersitatem extendunt, cum nec causæ, quas in Rep. allegauimus, nec iurisconsultorum uerba, qui de legitima pollicitatione loquuntur, prędictis speciebus ulla ex parte conueniant. 6 At neque illis assentimus, qui Reip. quidem consensum in pollicitatione fatentur adesse, sed à consensu priuatorum differre illum existimant. 7 Vtcunque uerò sit, nos in pollicitatione uerum consensum interuenire posse non dubitamus. 8 Differentiam uerò illam inter pactum, & pollicitationem, ut ex consensu expresso pactum, ex tacito uerò pollicitatio inducatur (quemadmodum Aret. & Decius crediderunt) planè reijciendam arbitramur. Nam & pactum ex consensu tacito induci, & pollicitationem ibi quoque esse posse, ubi consensus etiam expressus adsit, minimè dubitamus. 9 Qua in re tametsi Voconio assentimus, tamen eam, quam ipse inter pollicitationem, & pactum differentiam tradit, minimè probamus. 10 Vnde, uel si rogantibus decurionibus aliquid ob honores decernendos promittatur, non tamen pactum, sed ueram pollicitationem esse dicemus. 11 Huius porrò nominis;pollicitatio;non unicam, sed duas significationes esse demonstrauimus. 12 Ex quibus unam tantùm priuatorum pollicitationibus. 13 Iis uerò pollicitationibus, quæ Reip. fiunt, utranque conuenire. 14 Eaq; ratione posse dici etiam extra illas causas, quas passim in tit. de pollicitationibus tradunt iurisconsulti, pollicitationem Reip. factam efficacem esse. 15 In quacunque uerò significatione accipiatur pollicitatio, ex ea naturalem obligationem oriri. 16 Nec non & exceptionem ex ea dari, non dubitanter affirmamus.

ARGVM.

VNde primum fluxerit hoc nomen;stipulatio; et an nostris Doctoribus assentiendum sit, qui dum quærunt, cur stipulatio potius à uerbis, quàm à consensu fuerit nominata, ea in re statuũt stipulationem alio nomine uerborum obligationẽ appellari.

1 Ab Alciato reprehenditur Iustinianus.
2 Ex libris Pauli desumpsit Iustini. stipulationis ęthimogiam.
3 Stipulum unde.
4 Stipulatus pro stipulatione sæpè usurpatur.
5 Altera stipulationis æthim. ex Varrone, & Festo.
6 Stipulari dicitur, qui interrogat, & qua ratione.

Quomodo

CAP. XXI.

Reliquum eſſet,ut priuſquam ueniremus ad ſtipulationem,quæ hìc à Iaſone, cęteriſq; recentioribus inter ſex illos terminos ultimo loco numeratur, alios nonnullos declararemus,qui ex iis adhùc ſuperſunt. Verùm profectò quæ de ipſis dici poſſent, partim per ſe perſpicua ſun t, partim etiam à nobis ſatis hucuſque fuere illuſtrata,dum generatim de obligationibus loquuti ſumus. Quocirca ne in rebus friuolis explicandis,aut quæ ſatis iam fuerint explicatæ, fruſtra tempus conteramus, ſatius eſſe ducimus,ad ſtipulationem ipſam quamprimúm deuenire, ut obligationibus generatim cognitis,illæ nunc ſpeciatim cognoſcantur, quæ adhibita ſtipulationis ſolemnitate contrahuntur. Stipulationem(ut de nomine anteà breuiter agamus)ex eo dictam eſſe putat Iuſtini. inſt.eo in princ.quòd ſtipulū apud ueteres firmū appellabaĩ,ſtipulū uerò putat à
1 ſtipite fluxiſſe.Quam deriuationē non ſatis probat Alcia. lib.1.Parerg.cap.39.At nō auſim ego improbare quod primò dixit Iuſtin. appellari ſtipulationem à ſtipulo; Nam uideo idem ſentire Iulium Paulum lib. 5.recept.ſent.cap.7. quo loci. Appellatæ(inquit) «
2 ſtipulationes ſunt, quòd per eas firmitas obligationum conſtringitur,ſtipulum enim ueteres firmum appellauerunt. Magis uerò certè dubium eſt quod poſteà ſubiicit Iuſtin. ſtipulum fortè à ſtipite deſcendere, non tamen in hoc admittenda eſt Alciati reprobatio, dum is reprehendens Imperatorem, dicit ſtipitem, ſeu truncum cum contractu nihil commune habere. Quandoquidem Imp. non ſtipulationem, ſed ſtipulum à ſtipite deducit. Veruntamen illud potius probarem,ut diceremus ſtipulum deri-
3 uari non ἀπὸ τοῦ ϛυπου, hoc eſt à ſtipite,ut credit Iuſtinianus,ſed ἀπὸ τοῦ ϛυπτοῦ, quod dē ſum,& ſolidum ſignificat; Sicque deriuationem illam, quam ſtipulationi immediatè tribuit Alciatus hìc nu.25.& d.cap.39. ego potius ſtipulo tribuerem; Nam ſi id retinemus quod & Paulus probat, ſtipulum ueteres dixiſſe,quod firmum eſt,non grauatè Imperatori aſſenſero, qui ſtipulationem à ſtipulo dictam eſſe arbitratur. Rectius enim ſemper mihi

mihi uidebitur latinæ uocis origo ex alia latina, quàm ex græca uoce deſumi poſſe. Nec
porrò dubitandum eſt, quin quæ ſtipulationis uera ſit deriuatio, eadem cõueniat & huic
uerbo, ſtipulari, itemq; etiã dictioni ſtipulatus, nã ſtipulatũ pro ſtipulatione accipi non 4
obſcurum eſt, cum ſæpè legamus in ſtipulatum committere, uel deducere l. uxori §. ult.
ff. de lega. 3. l. ſi pecun. ff. de uſuris & §. Itẽ per accept. Inſt. qui mod. obliga. toll. Vnde
« etiam Diocletianus. in l. 3. C. de inutil. ſtipul. Super ſtipulatu tuo (inquit) adi præſidem
prouinciæ. Aliam huius uocis deriuationem habemus à Feſto, qui à ſtipe, hoc eſt num- 5
mo ſignato, ſicuti ſtipendium, quod militi datur, ita etiam ſtipulationem credit fuiſſe ap-
pellatam. Probat hoc & Varro, additque inſuper ſtipem à ſtipando deduci, ſtipare au
tem dici ἀπὸ τοῦ στείβειν, quod græcè idem ſignificat. Quanquam uerò neutra deriua-
tio magis conuenit facto illius qui interrogat, q̃ illius qui reſpondet, ut perſpicuum eſt,
tamen uſus obtinuit, ut ſtipulari dicatur qui interrogat, ut cum dicimus ſtipulatus eſt 6
Mæuius, ſpopondit Titius l. iuriſgentium. §. quod ferè. ff. de pactis. Propterea reum ſti-
pulandi diſtinguimus à reo promittendi toto tit. ff. & C. & inſt. de duob. reis. Atque ita
fermè ſemper accipitur uerbum ſtipulari, ut referatur ad ſolam interrogationem, & di-
ſtinguatur ab actu promittendi l. Lecta. ff. ſi cert. pet. §. Item per acceptilationem inſt.
quib. mod oblig. toll. l. 1. §. ſi ſtipulanti. cum §. ſequenti. l. qui Romæ §. flauius, atq; alibi
ſæpiſſimè infra tit. noſtro. Et ad hoc Priſc. adducit illud Iuuen. in 2. Quantumuis ſtipula-
re, & protinus accipe quod do. Quod ipſum ego non tàm ea ratione fieri puto, quia in
terrogatio ſit principium actus, & pars actiua ipſius contractus, aut quia creditor ſit di-
gnior, ut docẽt Accurſius, & alii in l. 1. in princ. infra eo, quàm quia hoc totum (quicquid
eſt remedij) gratia interrogantis comparatum eſt, cui ſoli præſidio eſt firmitas ſtipulatio
nis. Quapropter conſentaneum fuit, ab hac ipſa firmitate interrogationem potius nomi
nari, quàm reſponſionem, cum id maximè ſemper attendatur, quod potiſſimum agitur
l. ſi quis nec cauſam. ff. ſi cert. pet. Verumtamen, quanuis ad interrogantem præcipue refe 7
ratur uerbum ſtipulari, negari tamen non poteſt, quin reſpondentis quoque actum ui ſua
complectatur. Neque enim quicunque interrogauit, dicitur eſſe ſtipulatus, ſed is cuius in
terrogationi ſolemnibus uerbis reſponſum fuerit. Quo fit, ut cum dicimus aliquem fuiſ
ſe ſtipulatum, promiſsionis, ſeu ſponſionis mentiò non ſit neceſſaria, niſi cum ſpecia-
tim perſona illius qui promiſit, exprimenda eſt. Quoniam uerò, cum diſtinctam per
ſonarum habemus mentionem, utimur ferè uerbo ſtipulari, ac non ita ſępe ſtipulationis
uocabulũ uſurpamus, facit hæc cauſa ut non ſic ſoleamus ſtipulationem à ſponſione di- 8
ſtinguere, quemadmodum diſtinguimus eum qui ſtipulatus eſt ab eo qui ſpopondit, nã
uel ſi interdum hoc fiat, ut in l. ſponſio. ff. de uerb. ſignif. perrarò tamen hoc reperitur.
Atque ut plurimum cum ſtipulationem dicimus, reſponſionem ſimul complectimur, &
interrogationẽ, ut in l. 1. in princ. in l. 5. §. ſtipulatio infra eo & in aliis fermè legibus omni
bus quæ de ſtipulatione loquũtur. Eamobrem uariaſſe iuriſconſultos in ſtipulationis dif
finitione inferius uidebimus, ac modò ſtipulantis, modò promittentis factum ſpectaſſe
uideri, quorum utrumque includit ſtipulatio, uel ſi pręcipuè interrogationem ſignificet.
Exemplo eſt illa uox, homicidium, quæ licet interfectoris præcipuè factum exprimat, ta 9
men illius quoque paſsionem qui interfectus eſt, neceſſario exprimit. Sic etiam cum dici
mus emptionem, præcipuè quidem ementis factum exprimimus, ſed quia is emiſſe dici
non poteſt, cui res uendita non ſit, propterea ipſam quoque uenditionem eodem em-
ptionis uocabulo includimus, itemque è conuerſo uenditionis uocabulo emptionem
ipſam

ipsam complectimur; Quod idem & in locatione, & conductione perspicimus. Ac
10 quanuis seorsum interdum exprimi soleant emptio, uenditio, locatio, conductio, ut in l. iurisgentium in princ. ff. de pact. in l. si stipuler. §. ult. inf. eo, non id tamen ea ratione fit, quia in his conuentionibus non semper unius actus alterius quoque factum comprehendat, sed quia singuli isti actus singulas producunt obligationes, ut alias diximus. Quod in stipulatione, & sponsione secus est, cum ex utraque oriatur una tantum obligatio, quare sufficit earum alteram exprimere, nimirum aut stipulationem, aut sponsionem: Nam & uerbum sponsio, quia non quamcunque promissionem significat, sed quæ præcedente interrogatione fuerit legitimè facta, ad totam conuentionem sæpè refertur, ut in l. sciendum. §. dictum. ff. de ædil.
11 edict. Est enim sponsio (ut docet Paulus in l. sponsio. ff. de uerb. signifi.) non solum quæ per sponsi interrogationem fit, sed omnis stipulatio, promissioque.

At quod diximus paulò antè, uerbum, stipulari, sæpè referri ad solam interrogationem, non sic uerò referri posse ad solam responsionem, id non esse perpe-
12 tuum credit Alciatus in l. 1. in princ. inf. eo. Quin potius commune hoc uerbum esse dicit, atque iccircò factum quoque promittentis posse interdum significare: Quod ipsum uidetur optimè probari ex l. si non sortem. §. penult. ff. de condict. indeb. quo loci illa uerba; Si stipulatus decem, uel hominem decem soluero: nullum alium uidentur sensum habere posse, quàm ut decem uel hominem promiserim. Sic etiam uidentur esse accipienda uerba Vlpiani in l. in ijs. §. j. uers. sed si fortè. ff. de solut. cum proponit aliquem soluisse usuras, quas omninò non erat stipulatus, hoc est non promiserat, loquitur enim de usuris indebitis. Idemque prorsus uidetur esse sensus Diocletiani in l. magnam. C. eo. cum de eo loquitur, qui se aliquid facturum stipulatur, nam sæpè nos daturos promittimus, nemo autem se daturum interrogat. Idcircò Accurs. in l. 2. §. quod si in patris. in fin. ff. solut. matr. putat non modò uerbum stipulari, sed etiam stipulationis nomen posse ad solam promissionem referri. Nam cum Vlpianus ibi his uerbis utatur. Quod si sui iuris fuerit facta filia, nocebit ei ista stipulatio. Accursius existimat stipulationem eo in loco accipi pro promissione, iuxta l. si non sortem. §. penult. ff. de condict. indeb. Sed neque ibi necessaria est eiusmodi expositio, neque ullam aliam legem esse puto, ubi stipulatio pro sola promissione accipiatur. Quod si loquamur de uerbo stipulari, durum etiam mihi uidetur, posse illud significare idem quod promittere. Quare quod iurisconsulti (quemadmodum uidimus) ad personam promissoris apertissimè hoc uerbum referant, non ea ratione fieri puto, quia stipulari significet promittere, sed quia ijs in legibus
13 passiuè accipitur uerbum, stipulari, ita ut idem significet, quod interrogari per stipulationem; Vnde quòd dicatur promissor stipulari, id causæ est, quia promissor interrogatur. Atque huic sententię optimè conueniunt leges supra citatæ, nimirum l. si non sortem. §. penult. ff. de condict. indeb. l. in ijs. §. 1. ff. de solut. aliæq; planè omnes, quæ ad hoc afferri possunt. Rectè enim is dicitur soluere qui stipulatus erat, quoties soluit is, qui per stipulationem erat interrogatus; Sicq; uerbum stipulari eandem ubiq; retinet significationem, ut semper ad interrogationem, quanuis non semper actiuè, sed interdum passiuè referatur. Sic porrò accipi uerbū stipulari, docet Philippus Beroaldus author locupletissimus in Vitellium Sueto. cap. 14. ac multò antè docuit

Prisc.lib.2.de cõstr.idq; demõstrãt eiusdẽ Suetonij uerbis in 4.Prætorũ cũ is dixit mino
rem xxv annis non posse stipulari,intelligunt enim stipulari, hoc est interrogari per sti
pulationem. Allegat etiam Beroaldus illud Plautinum, Nisi dolo malo instipulatus
sis, hoc est interrogatus, ac stipulationi ipsi alligatus. Itaque commune erit hoc
uerbum, non ea quidem ratione, quam sentit Alciatus, quia promiscuè & ad in-
terrogationem referatur, & ad promissionem, sed quia relatum ad interrogatio-
nem & actiuè, & passiuè accipi potest. Ac de stipulationis uocabulo hactenus.
Iam uerò putant nostri interpretes hanc, quam dicimus, stipulationem alio nomine
appellari uerborum obligationem. Quando uerò hoc, uel illud ipsi potius no-
men conueniat, explicat hìc Socinus, aitque posse stipulationem dupliciter consi- 14
derari. Primò dum fit, sicque quatenus uerborum conceptio est, ut in l. 5. §. sti-
pulatio inf. eo. & hoc modò uerè (inquit) stipulatio est, non autem uerborum o-
bligatio. Deinde prout iam facta est, & hoc modo putat illam posse dici uerborum
obligationẽ, iuxta l.1. in princ. inf. eo, ubi cum Vlp. dicit stipulationem non posse fie-
ri nisi utroque loquente, interpretantur nonnulli stipulationem ibi significare uer-
borum obligationem, ut Accurs. in 1. expositione, nec sanè uidetur hoc ab horre-
re à uerbis illius legis, saltem primo aspectu, cum nihil aliud uideatur esse posse, quàm
uerborum obligatio, id quod utroque loquente conficitur. Hanc distinctionem in-
ter stipulationem iam factam, & prout est in fieri ante Socinum docuit Bart. in l. 5.
§. stipulatio. inf. eo, quem ibi Imol. & alii sequuntur. De qua quid ego sentiam, di-
cam haud multò post. Iam uerò hìc nostri interpretes, qui constanter illud reti-
nent, posse stipulationem alio nomine appellari uerborum obligationem, studiosè
rationem inquirunt, cur stipulatio potius à uerbis nominetur, quàm à consensu. 15
Quam quæstionem à Castrense hìc nu. 2. primùm excitatam Alex. Socinus, Ri-
pa, & alij deinde fusius prosequuti sunt. Putat Castrensis iccircò stipulationem à
consensu nomen non assumpsisse, quòd consensum ipsum requirunt conuentiones
planè omnes. l. 1. §. penult. ff. de pact. Quocircà non potest nomen à consensu
tractum non alijs quoque conuentionibus omnibus generatim conuenire. At non
uidentur posse facere generalia nomina, ut quę ex ipsis nominantur species, uerè di- 16
cantur nominatæ. Idque permutationis, ac transactionis exemplo Castrensis de-
monstrat, quæ uel si nominibus hisce nuncupentur, quoniam tamen hæc ipsarum
nomina nimis latè patent, propterea inter contractus innominatos censentur, ut no.
in rub. C. de rerum permut. Quemadmodum neque ullus homo dici posset, qui non
proprio ullo, sed generali tantùm nomine homo uocaretur. Hanc Castrensis ratio-
nem reijcit hìc Alex. nu. 12. quandoquidem ex ea sequeretur (ut ipse existimat) nul-
lam obligationem debere nominari à consensu. Quod tamen esse falsum ostendunt
obligationes, quæ oriuntur ex emptione, uenditione, locatione, conductione, man-
dato, quæ omnes à consensu nominantur. l. consensu in princ. sup. tit. 1. & inst. de
oblig. quæ ex consens. nascuntur. in princ. Conatur Socinus occurrere huic obiecto,
dum ex aliorum etiam interpretum sententia à consensu rudi, atque informi de quo 17
solo loquitur Castrensis, distinguit consensum formalem à quo pr̨edictas conuentiones
sicut robur, & efficaciam, ita etiam nomen assumere posse non inficiatur. Illius enim cõ
sensus (gratia exempli) quo uenditio perficitur, eam dicit esse formã, ut subesse rem uẽdi
am oporteat, itemq; pretium in pecunia numerata. §. pretiũ inst. de empt. & uẽdit. Sed
debilem

debilem, atq; infirmam esse hanc defensionem primùm res ipsa satis edocet, cum in cæteris quoque conuentionibus subsit semper aliquid ad quod consensus applicetur. Deinde clarius etiam ostendunt leges proximè adductæ, in quibus Caius, & Iustini. cum dicunt hasce obligationes induci ex consensu, non eam afferunt rationem, quòd consensus iste diuersum aliquid contineat, sed ex eo tantùm mouentur, quia in illis conuentionibus solus consensus interuenit, ita ut neque scriptura opus sit, neque præsentia, at nec dari quicquam oporteat, sed satis sit eos qui negotia gerunt, consentire. Neque aliud sentit Paul. in l. 1. §. permutatio. ff. de rer. permut. dum dicit receptum esse in eiusmodi conuentionibus, solo consensu constitui obligationem. Attamen non proptereà Alexandri obiecto acquiescendum est: Quin uerò illud ex hoc ipso, quod diximus, satis infirmatur, cum enim obligationes quæ consensu fiunt, ex solo ipso consensu robur assumant, nec proprium prætereà quicquàm habeant, fuit certè maximè consentaneum à consensu illas nominari. At stipulatio præter consensum uerborum solemnitatem habet, ex qua potissimum uires assumit, quæq; ipsi maximè peculiaris est. Quare non eadem in stipulatione, quæ in illis conuentionibus, ratio est, cur à consensu nominari debuerit. Et quan-
18 uis illæ nomen generis tantùm habeant, non tamen innominatæ dici possunt (id quod de transactione, ac permutatione non malè Castrensis affirmat) quia quæ nomen generis tanquàm proprium assumunt, proprio nomine carere existimari non possunt, ut de adoptione, iurisdictione legato, testamento exempla notissima sunt. Posset in hunc modum Castrensis ratio defendi, Verùm quia ipsius hac in re sententiam non prorsus probo, quidnam illud sit, in quo ille non rectè mihi sensisse uideatur, inferius aperiam. Aliam rationem affert híc Alex. eam nimirum, quòd cæteri contractus sine uerbis melius contrahantur, quàm stipulatio. Etenim stipulatio nullo modo sine uerbis contrahitur, At cæteri contractus per nuncium, uel per epistolam, imò etiam tacitè fieri possunt, d. l. consensu sup. tit. prox: l. item quia. ff. de pact. Ita Alexander. Qui quanuis hanc rationem tradat tanquàm à Castrensis ratione diuersam, tamen qui accuratius illam considerauerit, apertè uidebit à Castrensis sententia non longè ipsam abesse. Tertia est ratio Socini, qui dixit ideò obligationem, quæ oritur ex stipulatione, à uerbis potius, quàm à con-
19 sensu nominari, quia consensus stipulationis materia est. l. 1. §. penult. ff. de pact. At uerba ipsius formam perficiunt. Licet enim (inquit) hodie non amplius requirantur uerba illa solemnia, quæ antiquitus erant in usu. §. sed hæc solemnia inst. eo mansit tamen ea solemnitas, & forma, ut uerbis expressam interrogationem præcedere, ac subsequi responsionem necesse sit. l. obligamur. §. uerbis sup. tit. prox. Quocircà maximè consentaneum fuisse uidetur, à uerbis potius, quàm
20 à consensu stipulationem nominare. Potior enim ubique forma est, cum ea ipsa maximè cuiusque rei substantia semper contineatur. l. Iulianus. §. quantum. ff. ad exhibend. l. cum hi. §. si prætor. ff. de transact. & hanc rationem ante Socinum docuit Bart. in l. legitima in 1. col. uers. Aduerte quæro. ff. de pact. Sentio quidem has rationes omnes eiusmodi esse, ut plerisque prima fronte satis consentaneæ uideri possint, sed nequaquàm illæ tamen uidentur mihi ueritatis scopum attingere. Quoniam uerò, ut perfectè hoc, quod quærimus, intelligatur, stipulationis substantia penitus tenenda est, atque illa non nisi ex diffinitione cognoscitur, pro-

ptereà huius totius rei explicationem ad eum locum duximus reſeruandam, ubi ſtipulationis diffinitionem declarabimus; Ibi porrò dicemus & qua de cauſa minus probemus aliorum rationes, & quàm huius rei ueram rationem eſſe exiſtimemus. Verùm
in præſentia illud ſilentio prætereundum non eſt, quod multò magis ad propoſitam no 21
minis quęſtionem ſpectat, nempè ab omni ueritate alieniſſimum eſſe, quod noſtri omnes ut ueriſſimum admittunt, poſſe ſtipulationem alio nomine uerborum obligationem appellari. Verè enim effectus eſt ſtipulationis uerborum obligatio, non ipſa ſtipu- 22
latio, cum ſtipulatio ſit quidam actus, ex quo oritur ius obligationis, ut perſpicuè docet Paul. in l. 2. in fin. ff. ſi cert. pet. "Verbis quoque (inquit) credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interpoſito, ueluti ſtipulatione." Facit l. 1. §. quod meus. ff. de ſtipul. ſeru. & l. ex placito. C. de rerum permut. Nec ſanè recipienda eſt
diſtinctio illa Socini, qui plurimi referre arbitratur, utrum conſideretur ſtipulatio illo 23
ipſo in actu dum fit, an uerò poſteaquàm fuit iam inducta, Cum nihil abſurdius dici poſſit, quàm quod iam natum eſt, ab eo differre quod naſcendo anteà fuerat. Neque enim quiſquàm affirmauerit poſſe aquilam eſſe, uel ceruum, aut aſinum, qui homo tunc fuerit, cum naſceretur, ut rectè in re ſimili aduertit Alciatus in l. quæſtio. ff. de uerb. ſigni. Quanquàm uerò ea, quæ iuris ſunt, ita inducuntur, ut in ipſorum quaſi procreatione factum interueniat, tamen hoc factum ab illis ipſis iuribus, quæ procreantur, eſt planè diuerſum, ſicut ab hominis procreatione hominem ipſum differre exploratiſſimum eſt. Itaque factum eſt ſtipulatio, ius uerò, quod inde oritur, eſt uerborum obligatio, ut latius dicemus infrà in explicatione diffini-
tionis in uer. conceptio. Nec nos moueat, quod dicatur interdùm confici ſtipu- 24
latio, cum tamen confici factum, non niſi abſurdè dici poſſe uideatur. Nam & ſtipulari ſtipulationem dixit Vlp. in l. 3. §. 1. ff. iudic. ſolui, & aliæ eiuſmodi permultæ reperiuntur loquendi formulæ, quæ licet primo aſpectu abſurdæ uideri poſſint, uſu tamen iuriſconſultorum receptæ ſunt, Vt cum dicimus ſeparari uſumfructum à proprietate, quanuis ipſe anteà non ſit uſusfructus. §. 1. inſt. de uſufruct. Item retineri poſſeſſionem, quanuis illa à retentione non differat, ut alias à nobis demonſtratum eſt. Hinc etiam patet reijciendam eſſe diſtinctionem, quam tradit hìc Ripa, ex Socini diſtinctione maxima ex parte deſumptam, dum dupliciter ſtipulationem conſiderat, hoc eſt nondum formatam, & poſteaquàm formata eſt, ac ſtipulationem nondum formatam, ſi conſideretur in abſtracto, idem prorſus eſſe vult, quod ius obligationis, Itemq; ſtipulationem iam formatam, ſi non pro contractu, ſed pro ipſius contractus effectu accipiatur. Siquidem nos planè inficiamur eſſe ullam legem, in qua ſtipulatio ſumatur pro effectu contractus, ac pro iure obligationis. At decepit ipſum illa l. cum mota. C. de tranſact. ab ipſo adducta, ubi Antoninus quam primo appellat ſtipulationem, paulò poſt uocat uerborum
obligationem. Sed non animaduertit Ripa, ibi non ſumi ſtipulationem pro obliga- 25
tione, ſed obligationem pro ſtipulatione, ac pro facto obligandi. Nam cum ibi conſideret Imperator, utrum omiſſa ſit uerborum obligatio, an uerò conuentioni ſubdita fuerit, apertè hæc uerba nobis factum indicant, neque iuri obligationis ullo modo conueniunt. At quoniam uel ſi pro iure, ac pro ſtipulationis effectu ſumatur uerborum obligatio, nihilominus dubitari poteſt, cur illa potius à uerbis, quàm à conſenſu nominetur, hoc ipſum eſt, quod nobis inferius explicandum reſeruauimus.

ARG.

ARGVM.

Qualia olim uerba in ſtipulationibus eſſent neceſſaria; Quo primùm tempore ea uerborum obſeruatio fuerit ſublata. Et quomodo ſimul concilientur duæ leges, Leonis ſcilicet una, & altera Vlpiani, quæ ſimul pugnare uidebantur.

1 Stipulatio quid.
2 Altera ſtipulationis diffinitio ex Paulo.
3 Qui ſtipulari non poſſint.
4 Cuiuſmodi uerba eſſent antiquitus in ſtipulatione neceſſaria.
5 Non refert qua lingua ſtipulatio concipiatur.
6 Leonina conſtitutio.
7 Fueritnè omnium primus Leo, qui in ſtipulatione antiquam uerborum ſuſtulit ſolemnitatem.
8 An uerbis æquipollentibus poſſit fieri ſtipulatio, & quomodo hoc accipiendum ſit.
9 Quo tempore uixerit Vlp. Et quanto annorum interuallo Leonem Imp. anteceſſerit.
10 Variȩ explicationes § ſi quis ita referuntur, ac reprobantur, & nu. ſequentibus.
11 Multæ ſunt leges, quæ uidetur iuriſconſultis ea tribuere, quæ poſtea imperatorũ conſtitutionibus inducta ſunt.
12 Iuſtiniani erga ueteres iuriſconſultos reuerentia.
13 Temporibus Seueri qui Alexandrum, ac Vlpianum præceſſit, iam uerborum ſolemnitas in ſtipulationibus fuerat introducta.
14 Cuiuſmodi ſit præpoſteri uitium, quod à Leone in dotibus, in cæteris uerò materiis à Iuſtiniano ſublatum eſt.
15 Quomodò potuerit forma uerborũ tolli in ſtipulatione, quin ſimul & ſtipulatio ipſa tolleretur. & nu. ſeq.
16 Concipiendæ ſtipulationis duplex obſeruatio.
17 Quid ſolemnitas differat à forma.
18 Non erat ſtipulationis forma, quod ſolemnibus potius quàm aliis uerbis conciperetur, ut nec nauis forma eſt, quod ex certo lignorum genere fabricetur.
19 Verborum ſolemnitas in ſtipulatione uſu tantum fuerat inducta.
20 Quo tempore primum, & qua ratione à prædicta uerborũ ſolemnitat receſſum ſit.
21 Referebat plurimi quantum ad antiquam ſtipulationis ſolemnitatẽ, utrum reſpõdiſſet aliquis quid ni: an aliis uerbis uſus eſſet quantunuis aperte promittẽtis conſenſum exprimentibus.
22 Erat olim in inſtitutione quoque uerborum quidam delectus & tamen uerbis ſubintellectis poterat fieri inſti tutio.
23 Anne omnia prorſus ſolemnia uerba complexus ſit Iuſtini. in §. In hac re. quæ antiquitus erant in uſu.
24 Vtilis hodiè erit ſtipulatio etiam ſi uerba non debitoris, ſed creditori factum exprimant.

CAP. XXII.

De nomine hæc dixiſſe ſat erit. Nunc demum ſtipulationis ipſius naturam, & ſubſtantiam conſideremus, quam quia accurara diffinitione explicat Pomponius in l. 5. §. infra eo. neceſſarium eſſe duximus, ſingula illius diffinitionis verba expẽdere. Sic enim quæ à noſtris in hac Rub. de ſtipulatione in quæſtionẽ uocantur, & ſi qua erunt præthereà, quȩ hac in re ſcitu neceſſaria ſint, pleniſſimè omnia cognoſcemus,
1 Stipulatio (inquit Pomponius) eſt uerborum conceptio, quibus is qui interrogatur, daturum, facturumve ſe id quod interrogatus eſt reſpondet. Ab hac non planè diſſimilis eſt alia diffinitio, quam tradit Paul. lib. 2. recept. ſentent. cap. 3. dicens ſtipulatio
2 nem eſſe uerborum conceptionem, ad quam quis congruè interrogatus reſpondet, At quoniam

quoniam Iustinianus omissa Pauli diffinitione solam eam, quæ traditur à Pomponio, legibus suis inseruit, propterea nos quoq; hanc unam nobis explicandam proponimus. Stipulationem dicit Pomp. esse uerborum conceptionem, sicq; huius diffinitionis hoc genus esse statuit, ut postea dicemus. Hac dictione VERBORVM primũ usus est, quia in stipulatione uerba in primis sunt necessaria l. obligamur §. uerbis. supra tit. 1. & Inst. eo: in princ. cũ multis aliis. Neq; enim potest fieri stipulatio nisi utroq; loquente, atque ob 3
id neque mutus, neque surdus, neque infans, neque absens stipulari possunt. l. 1. in princ. infra eo. Quod quo pacto intelligendum sit, & qua tenus quemque uel mutum, uel sur dum, uel absentem accipere debeamus, ut à stipulatione excludatur, explicabimus in l. 1. in princ. infra eo, ubi & cæteri interpretes nonnullas hac de re quæstiones proponũt. Nunc uero, ne à proposito recedamus, uideamus cuiusmodi uerba esse debeant, quæ stipulationẽ rectè perficiant. Angustis admodum finibus hoc antiquitus concludeba tur. Erant enim hac in re tradita certa illa, ac solemnia uerba spondes? spondeo, pro- 4
mittis? promitto, fide promittis? fide. promitto, fideiubes? fideiubeo, dabis? dabo. facias? faciam. Quæ uel si tàm latina lingua, quàm Græca, uel Pœna, aut Asiria, aut alia quacun 5
que fieri possent, ac tàm propria, quàm aliena, dummodo ipsorum uerborum sensum uterque stipulantium uel per se, uel interpretis alicuius ope penitus intelligeret. l. 1. in fine infra eo. tamen quacunque lingua conciperentur, erant omninò eadem illa uerba necessaria, nec sine ipsis poterat legitimè uideri contracta stipulatio. §. In hac re. Inst. eo. Verùm postea hæc solemnitas seruari desiit, lata est enim Leonina constitutio, quæ so- 6
lemnitate uerborũ sublata sensum, & consonantẽ uerborũ tantùm intellectũ exigit ab utraque parte, quibuscunque tandem uerbis contrahentes utantur. § sed hæc solemnia
" Inst. eo. Cuius constitutionis uerba leguntur in l. omnes C. eo. Omnes stipulationes, etiã
" si non solemnibus, uel directis, sed quibuscunque uerbis consensu contrahentium com positę sint, uel legibus cognitę, suam habeant firmitatem. Hìc porrò dubitatio oritur haudquaquam certè contemnenda, mirum enim uidetur quomodo potuerit Iusti 7
nianus uerè affirmare hanc solemnitatem uerborum à Leone Imperatore fuisse sublatã, cùm legibus apertissimis probari uideatur, nec ante Leonem quidem ea uerba fuisse necessaria, sed uerbis æquipollentibus stipulationem fieri potuisse. Verè tamen non omnes leges stringunt, quæ ad hoc probandum afferuntur. Siquidem posse stipulationem fie- 8
ri uerbis æquipollentibus, probat Socinus ex l. si sub una. infra eo, ubi si sub significatione diuersis nominibus eadem res appelletur, dicit Paulus non infirmari obligationem, si alter altero uerbo utatur. Idem probat Socinus ex l. quæ extrinsecus. in 2. responso in fra eo, quo loci Florentinus nihil obesse dicit, si in rei quæ promittitur, aut personæ appellatione uarietur, ideoque stipulanti denarios, eiusdem quantitatis aureos spondẽ do nos obligari, prout etiam obligaremur, si cum seruus stipularetur Lucio domino suo, Titio qui idem esset, nos daturos sponderemus. Ibique etiam Accursius in uer. appel latione. nonnulla eiuscemodi affert exempla. At non uidentur mihi hę leges ad propo sitam dubitationem quicquam pertinere, Loquuntur enim quando in appellatione ua riatum est uel rei, quæ deducitur in stipulatum, uel personæ, cui fit stipulatio. Nos autẽ loquimur de uariatione illorum uerborum, quibus perficitur stipulatio, & quæ si legitimè concipiantur, seruato. s. ordine interrogationis, ac responsionis obligationem ipsam adstringunt. Multò igitur rectius idipsum probatur ex l. 1. infra eo. quam tertio loco ip
" se Socinus adducit. Si quis ita interrogetur (inquit Vlp.) dabis? & responderit, quid ni?

is utique

is utique in ea causa est,ut obligetur. Verba solemnia erant, dabis?dabo. Et tamen statuit Vlp.ab illis posse recedi, & posse stipulationem ijs etiam uerbis concipi. dabis? quid ni? Quod si concedimus Vlpiani temporibus fuisse hanc solemnitatem sublatã, nullo modo defendi poterit quod dicit Iustinianus, nimirum fuisse Leonem,qui primus eam sustulerit. Nã multò ante Leonẽ uixit Vlp. fuitque à consilijs Alexandro Imperatori,inter quem, & Leonem tres,& uiginti Imperatores,anni uerò CCL. intercessere. Sic uidemus difficilem admodum esse huius nodi explicationem,quę propterea nostros
10 interpretes nõ immeritò turbauit. Cumanus in d.§.si quis ita,cui & Socinus hìc assentitur, respondet iussu Iustiniani factum fuisse, ut Leonis constitutio,quæ hanc sustulit solemnitatem,Vlpiano tribueretur.Idq; & alibi fieri Iustinianũ iussisse,ob quandam in iurisconsultos uenerationem,ut hoc illos honore decoraret,iuxta l.2.§. Tãta C.de ueter. iur.
11 enucl. Atqui certè uidetur hoc ipsum multarum legum exemplis comprobari posse, in quibus illud idem tribui uidetur iurisconsultis, quod posteà imperatorum constitutionibus fuit inductum in l.2. in fine.ff.de iniust.rupt. & irrit. testam. iuncta l. hac consultissima §.si quis autem C.de testam.in l.qui fundum §.qui filios.ff.ad l. Falcid. iuncta l. cum quidam C.de legat.in l. si mortis causa. ff.de inoffic.testam.iuncta l.omnimodò. C. eo. tit. de inoffic. testam. in l. illud, & l. Marcellus ff. de donat. caus. mor. iuncta l. ult. C. eo.titu. de dona. caus. mort. Sed nunquam ego hanc responsionem,ut neque alias eiuscemodi, satis tutam esse iudicaui; etenim quanuis Iustinianus tantam anti-
12 quitati habuerit reuerentiam, ut nomina prudentũ taciturnitati tradi passus non sit, sed unumquemque eorum,qui author cuiusque legis fuerit,horum libris inscribi uoluerit, ut ipse inquit in d. §. tanta. attamen non temere affirmandum est,etiam ea quæ uerè iurisconsultorum non fuerint,ipsis tamen iurisconsultis tribuere ipsum uoluisse. Quod tã tò minus hìc uerosimile est,quia in §. si quis ita. non simpliciter id refertur quod disponitur in d.l. omnes,sed certa quædam facti species deciditur. Aliam responsionem affert hìc Socinus à Thoma Doctio ipsius præceptore anteà traditam, ut cum perspicuũ sit Vlpianum tàm longo annorum interuallo Leonem pręcessisse, dicamus tẽpore Vlpiani nõdũ extitisse illã solemnitatẽ,uerũ posteà fuisse inductã, ac mox à Leone Imperatore sublatã,ut in d.l.omnes.C.eo.Ita Doctius coniiciebat;Cuius tñ coniectura uidetur mihi
13 alia fortissima cõiectura maximè infirmari.Video enim tẽpore Seueri, qui perpaucis annis,nimirum nouem supra uiginti,ante Alexandrũ,imperauit fuisse dubitatũ an per hæc uerba, faciã quod uis, posset fieri stipulatio l. blanditus C.de fideiuss. id quod omni planè dubitatione caruisset, si nulla adhúc stipulationis solemnitas fuisset introducta. Huc accedit,quod si uoluisset Leo illa constitione ius redigere ad statum antiquum, nulla ratio est,cur hac de re mentionem nullam habuisset. Verùm,ut contrarię nullæ extarent coniecturæ, ad eiusmodi tamen solutiones, quæ mutationem aliquam factam esse coniiciunt,nunquam ego putaui confugiendum esse,nisi cum quid dicatur,aliud planè deest. Sunt qui dicant tempore Vlpiani fuisse quidem sublatam solemnem uerborum obseruationem,sed remansisse tamen solemnitatem,quantum ad ordinem interrogationis,& responsionis,atque hunc postea Leonina constitutione fuisse correctum, ita ut hodiè præposter ordo interrogationis, ac responsionis ualiditati ipsius stipulationis nulla ex
14 parte obesse possit ar.l. præposteri C. de testam. quo loci profitetur Iustinianus Leonis constitutionem in eo se imitatum esse,quod ibi statuit nec contractibus,nec testamentis præposteri reprehensionem quicquam officere. Quæ responsio non modò falsa, sed planè

planè erronea est. Vnde meritò recentiores Senenses qui illam hìc referunt, eandē postmodò reijciunt, Missis enim cæteris, satis conuincitur ex illa ipsa l. præposteri, ubi cū dicat Iustinianus se in stipulationibus præposteri reprehensionem sustulisse, apertè ostē dit Leonina constitutione non fuisse illam sublatam in stipulationibus, sed tantùm in dotibus, quemadmodum ibi dicitur. Constat uerò ibi loqui Iustinianum de solius temporis præposteratione, cuiusmodi illa est. Si nauis ex Asia redierit, hodiè dare spondes? de qua etiam in §. si quis ita. stipulatus Inst. de inutil. stipulat. Idque perspicuè ostendunt ultima uerba illius l. præposteri. Exactione uidelicet post condicionem, uel diem competente. Longè probabilius hac in re locuti sunt Hyeronimus Butigiela hìc, & Ioannes Crotus in d. §. si quis ita in 4. nota. Qui sanè ambo ad ueritatem propè accesserunt quamuis ipsius scopum (mea sententia) non planè tetigerint, Cui rei argumento illud est, quod ipsi dissident inter se, cum tamē ueritas una sit, eaq; à se ipsa minimè dissentiat. Nos igitur demum sententiam hac de re nostram exponemus, ex qua etiam illud intelligetur, quo modo potuerit Leo uerborū formā, & solemnitatē auferre in stipulationibus anteà necessariam, quin simul & stipulationem ipsam penitus sustulerit. Audiui enim hac de 15
re nonnullos propterea dubitare, quod cum forma sit, quæ rei substantiam perficit l. Iulianus. § si quis. ff. ad exhib. non uidetur sublata alicuius rei forma, posse ullo modo res ipsa consistere. Vt ergo rectè hæc omnia intelligantur, illud ante omnia præ oculis habēdum est (quod uel unicuiq; perspicuū esse potest) concipiendæ stipulationis duplicē fuisse obseruationem. Prima fuit forma uerborum, propterea quòd præcedere interroga- 16
tionem, ac congruam subsequi responsionem oportebat. Fuisse uerò hanc immutabilem constanter affirmandū est, cum nisi stultè dubitari possit, quin ea mutata protinus desiisset esse stipulatio, atque alterius potius actus substantiā assumpsisset, sicut uidemus sublata hæredis institutione tolli protinus substantiā ipsius testamenti ut no. in l. I. ff. de testam. facit l. I. ff. de hæred. instit. & §. ante hæredis Inst. de legat. Alia fuit obseruatio, quæ non ad rationem, & modum ineundæ stipulationis spectabat, sed ad genus uerborum, quibus ipsa concipiebatur, & hæc non erat forma quæ stipulationis substantiam perficeret, sed erat potius solemnitas quædam in stipulatione necessariò adhibenda. Quanuis au- 17
tem solemnitas quoties uel lege præcipitur, uel usu iam fuit introducta, prorsus necessaria sit, ita ut ea prætermissa, actus ualere non possit, atque ob id rectè etiam substantialis solemnitas dicatur, tamen ea in re differt à forma, quia solemnitas à lege inducta ab ipsa lege pariter tolli potest, eodem in posterum manente actu. At forma neque etiam à lege potest tolli, quin simul totus ille actus, seu res, cuius erat, forma perimatur. Hoc uerò ita esse, satis ex eo apparet, quia uidemus testamētorum solemnitatem sæpè à legibus fuisse uariatam, tùm quæ ad testium numerum spectat, tùm etiam quæ ad testatoris condicionem spectat, idque factum est testamenti semper nomine, & substantia nihilominus retēta. At non sic potuerunt leges testamenti formam auferre, hoc est hæredis institutionē, quin simul testamentum ipsum penitus è medio tollerent ar. §. sed neque Inst. de testament. & . §. ante hæredis Inst. de legat. Non secus ergo in stipulatione aderat solemnitas quæ ad uerborum delectum pertinebat, & necessariò quidem illa recquirebatur, non tamen stipulationis ipsius formam perficiebat. Sicut nauis forma non est, quòd ex hoc 18
potius quàm illo lignorum genere fabricari soleat. Alterum illud præterea ad faciliorem huius dubitationis explicationem nobis præmuniendum est, antiquam illam uerborum solemnitatem non expressa aliqua lege fuisse inductam, sed usu tantùm receptam. 19

Quod

Quod liquidò apparet ex uerbis Iustiniani in §.sed hęc solẽnia, dum ibi dicit solẽnia illa uerba olim fuisse in usu. Fueruntq; etiam antiquitus eiusmodi alia, quæ ex antiqua potius obseruatione firmitatem obtinebant, quàm quia expressim lege ulla præciperent, ut quod habet in §.prętereà.inst.quib.mod.ius patr.potest.solu.& in §.sed neq;.inst.de
20 testamẽt. His ita constitutis, ut ad propositã difficultatem proprius accedamus, considerandum est, fieri non potuisse, quin ob multa, & uaria negotiorum genera interdum contingeret (inter imperitos præsertim) alijs uerbis concipi stipulationem, aut saltem non ijsdem prorsus, quæ à iurisperitis ut legitima, ac solẽnia recipiebantur. Quoties uerò hoc eueniebat, quoniam tunc semper de stipulationis uiribus dubitabatur, propterea iurisconsultos ipsos consuli, aut Imperatores adiri necesse erat. Ac porrò illi uariè respondebant, nunc pro stipulatore, nunc contra ipsum, prout uidebant ea uerba, quæ in stipulatione fuerant adhibita, legitimis illis, ac solẽnibus uerbis uel magis, uel minus conuenire. De iurisconsultis hoc dico, quorum sententijs nihil poterat ĩmutari, nisi postea q̃ illæ usu fuerant receptæ.ar.l.Gallus.§.ult.ff.de lib.& posthum. Namq; ab Imperatoribus satis erat, ea uerba idonea iudicari, quæ solẽniũ uerborum numero adijcerent. Iam uerò tẽporibus Seueri receptũ erat, præter uerba consueta, ijs quoq; uerbis faciã qđ uis posse concipi stipulationem.d.l.blanditus.C.de fideiuss. Blanditus tibi est (inquit Seuerus) qui non teneri te persuasit, quod cum pro alia interuenires ὅτι θέλεις ποιήσω. id est, quod uis faciam, dixisti; Cum & his uerbis obligationẽ contrahi pridẽ receptum sit.

Posteà uerò imperante Alexandro, qui (ut diximus) xxix.annorũ interuallo Seuerũ consequutus est, Vlp. qui ipsi Alexandro erat à consilijs, magnãq; doctrinæ opinionẽ fuerat adeptus, fortè aliquãdo fuit interrogatus, an stipulatio quæ his uerbis proponeretur cõcepta, dabis? quid ni? firmitatẽ ullã obtineret. Is cũ uideret iam anteà in nõnullis speciebus ab illa tàm angusta uerborũ solẽnitate fuisse recessum, nõ putauit illã tã strictè accipiẽdã esse, ut hoc casu irrita fieret stipulatio, eoq; maximè quia uerba illa solẽnia dabis? dabo. hãc uidẽtur admittere interpretationẽ, ut satis sit, uerbũ, dabo, posse subintelligi, ita ut quoties interrogatus, dabis? respõdet quid ni? perinde habeat, ac si expressim se daturũ ꝓmisisset, hoc est ꝓtulisset illud uerbũ, dabo, quod inter uerba solẽnia numerat. Quod ipsum uidet sensisse Crotus post Thomã Dociũ in l.1. §.si quis ita. inf. eo. Itaq; Vlp. nõ sic respõdit, quia antiqua uerborũ solẽnitas esset iam sublata, nã hoc modo omni planè dubitatione res caruisset, sed quia cũ iam recepta essent illa uerba, Quiduis faciã, ac fortasse etiã eiusmodi alia, nulla erat ratio cur reijcerent hæc uerba. Quid ni? quæ nõ tãtũ stipulãtiũ cõsensum optimè significarent (id quod olim satis nõ erat) sed ope interpretationis illius uerbi dabo expressam quasi effigiẽ ostẽderet. Cũ qui interrogatus dabis? respõdet quid ni? nihil aliud respõdisse existimari possit, quàm cur nõ dem? quod
21 perinde est, ac si dixisset, dabo. Quod si respõdisset, placet, uel habebis quod postulas, uel satisfaciã tibi, te quietũ reddã, uel quid aliud eiusmodi, ea uerba, licet optimè respõdẽtis cõsensum expressissent, nõ sic tamẽ ui sua cõtinuissent illud uerbũ dare, quod necessariò cõplectunt uerba, quid ni? siue quid ni dem? Neq; enim alia de causa tacet illud uerbũ, dem, nisi quod uerbis expressis satis continet, quæ alioquin essent imperfecta; Sed uerba illa, placet; habebis quod postulas; atque id genus alia, cum per se perfecta sint, propterea non includunt uerbũ dare; at illud tamen necessariò in responsione uel exprimi, uel saltem includi debuerat, quoties fuerat in interrogatione usurpatum. Hanc rationem præ oculis habuisse Vlpianum credibile est. Quæ tamen ratio non concluderet, si uerba illa solemnia, quæ olim erant in usu, ad formam stipulationis

S pertinuissent.

pertinuissent. Nam uel si negari non possit, quin huic uerbo, dabo, æquipolleant uerba quidni? tamen vulgatum est, formam non posse impleri per æquipollens. ll. supra adductis. Verùm quia ad solemnitatem tantùm stipulationis illa uerba pertinebant, non iudicauit Vlp. eiusmodi esse hanc solemnitatem, quę uerba subintellecta, aut æquipollentia deberet excludere. Quod & alibi censuit Vlp. in materia institutionis; Seruabantur antiquitus in institutione quædam uerba solemnia, quæ non nisi per Constantinum longissimo interuallo post Vlpiani tempora sublata sunt, l. quoniam indignum. C. de testam. Et tamen censuit Vlp. ijs uerbis omissis, non uitiari institutionem, dummodo in eum modum locutus sit testator, ut ea uerba subintelligi possint. l. 1. ff. de hær. instit. Quod exemplum huic rei nostræ sanè maximè conuenit. Tandem superuenit Leo Imperator, qui cum animaduerteret, nulli fermè usui esse hanc uerborum obseruationem, multas uerò ex illa controuersias oriri, ita ut quotidie ea de causa consuli iurisconsultos, atque adiri Imperatores necesse esset, generali constitutione illam planè sustulit, statuens quibuscunque uerbis posse fieri stipulationem. d. l. omnes. C. eo. Optimè iam ex prædictis intelligi poteſt, Leonis constitutionem non aduersari uerbis Vlpiani. Quod qui crediderunt, in eo lapsi sunt, quòd putarunt rectè colligi ex §. si quis ita. fuisse Vlpiani temporibus sublatam antiquam illam uerborum obseruationem; cum tamen uerba Vlpiani non modò hoc non probent, sed apertissimè contrarium ostendant. Siquidem frustrà Vlpiano (ut & supra animaduertimus) uenisset in mentem dubitare, an ad obligationem stipulatione firmandam satis essent illa uerba quid ni? si iam uerborum solemnitas omnis fuisset sublata. Quanq; uerò rectissimè in hunc modum arbitror cum Iustiniano quoq; Vlpianũ conciliari posse, nec quicquam aliud quæri oportere, putarem tamen hac in re posse etiam illud rectè 22
negari, quod nostri Doctores ut compertissimum statuunt, nimirum in §. in hac re, 23
omnia prorsus enumerari uerba, quæ antiquitus erant in usu. Itaq; non rectè inde colligi, non fuisse in usu illa uerba, quidni? quæ recipit Vlp. in d. §. si quis ita. Video enim maximè probabilem esse contrariam sententiam, ut Iustinianus ibi nonnulla tantùm exempla nobis tradere uoluerit, ac non omnia prorsus solemnia uerba complecti. Primò, quia non dicit hæc uerba fuerunt in usu, sed talia uerba, quasi uoluerit potius ostendere, cuiusmodi essent ea uerba, quàm illorum numerum præfinire. Deinde, quia compertum habemus, temporibus Iustiniani formulam illam, faciam quod uis, ualuisse ad stipulationem l. blanditus. sępius adducta. C. de fideiuss. cuius tamen formulæ nulla apud Iustinianum mentio est in d. §. in hac re. Qua de re tamen non magnopere sollicitisumus; cum uel si maximè concedamus Iustinianum ibi omnia uerba solemnia complecti uoluisse, quibus posset fieri stipulatio, alia tamen ratione demonstratum à nobis fuerit, hasce omnes Vlpiani, Leonis, & Iustiniani leges simul optimè conuenire. Iam uerò, si quibuscunq; uerbis (quemadmodum uidimus) posse fieri stipulationem & à Leone constitutum, & à Iustiniano receptum fuit, reliquum est, ut neq; illud amplius necesse sit, stipulationis uerba debitoris potius factum respicere, quàm alterius, licet ad debitorem referantur illa; dabis? dabo. facies? faciam. cum alijs omnibus quæ Iustinianus recenset. Erit ergo nihilominus legitimè contracta stipulatio, tametsi uerba creditoris factum exprimant, ut sunt illa, habebo ducem? habebis. Docet hoc Azo in summa. C. 24
de inutil. stipul. cui assentitur hîc Socinus in 7. col. nu. 17. idq; & nos uerissimũ putamus, dũmodò illud quoq; exprimat, à quo stipulator hãc pecuniã sit habiturus, & si qua alia sunt eiusmodi, quorũ omissio stipulationẽ incertã, aut imperfectã reddere possent.

ARG.

ARGVM.

Vtrum elementis literarũ ueluti A & B.aut etiã uerbis,quæ ex præcedenti conuẽtio tione nouam ſignificationem aſſumpſerint,rectè ſtipulatio concipiatur.

1 Verba legum quãtunuis generalia ad terminos habiles coanguſtanda ſunt.
2 Licet non de literarũ elemẽtis, ſed de uerbis mutatis loquatur Caſtrenſis, tamen & de literarũ elementis idem ſentit.
3 Ad duo tantùm capita redigitur hæc tota quæſtio, utrum.ſ.elementis literarũ,uel mutatis uerbis poſſit fieri ſtipulatio.
4 Verba non natura,ſed ad placitũ ſunt.
5 In ultimis uoluntatibus uerborum mutatio non improbatur.
6 Non hominis,ſed ſolius legis eſt fictionem inducere.
7 Anne fictio ſit, quod præcedenti conuentione communis uerborum ſignificatio mutetur.
8 Quod conſiderat hìc Socinus,tacitam relationẽ in ſtipulationibus nõ admitti,nihil ad rem pertinet.
9 Nunquid per expreſſam relationem poſſit fieri ſtipulatio.
10 Cõis opinionis defendẽdæ duplex ratio.
11 Quanta cum ratione ueteres iuriſprudentes in laxandis uerbis ſtipulationũ tàm difficiles ſe præſtiterint & nu. ſeq.
12 Verba in ſtipulationibus adhibita, quantum habeant momenti.
13 Vtrum de ſtipulatione uel elementis, uel uerbis mutatis concepta legum noſtrarum authores unquàm cogitaſſe exiſtimandi ſint.
14 Quanto in errore uerſentur qui putant in hac quæſtione ex Vlpiani, aliorũuè iuriſconſoltorum reſponſis pro parte affirmatiua rectè argumenta poſſe deſumi.
15 Declaratur l.omnes. C.eo.
16 Quales conuentiones eſſe oporteat, ut iure ciuili generatim recipiantur.
17 Parum lex egiſſet in eo quod nulla alia ratione,quàm uerbis expreſſis conſenſum exprimi uoluit;ſi in uerborũ numerũ & elemẽta,& uerba mutata recepiſſet,quę ſignis ipſis nihilo certiora ſunt.
18 Nõ ſignis numerorum ſed integris uerbis, quotæ hæreditatis inter filios exprimendæ ſunt.
19 Nullã reſtrictionẽ,ac ne de habilitate quidem patitur illa lex, quæ id diſponat qđ ab anteriori aliqua lege fuiſſet diſpoſitũ.
20 Non rectè ſentiunt qui putãt id prius fuiſſe diſpoſitũ à Vlpiano, quod à Leone fuit poſtea conſtitutum.

CAP. XXIII.

AT non propterea credit Accurſius omnia planè uerba in ſtipulationibus admittẽda eſſe;Is.n.in §.ſed hęc ſolemnia.in fine in uer.quibuſcũq;.Inſt.eo putat id quod Iuſtinianus,dicit quibuſcũq; uerbis poſſe fieri ſtipulationẽ, ita intelligẽdũ eſſe,dũ modò illa uerba habilia ſint. Quapropter ſi proferens hoc elementũ A.uoluero ſignificare promittis? tuq; reſpondendo B.uolueris ſignificare promitto,non putat Accurſius eiuſmodi ſtipulationem ullas uires eſſe habiturã, licet conuentũ inter nos fuerit,ut ea elemẽta talem ſignificationem haberent.Nec tàm generales Leonis,& Iuſtiniani diſpoſitiones debere nos mouere exiſtimat; quãdoquidem non ignoremus uerba legũ quantũ uis
1 generalia ita ſemper accipiẽda eſſe,ne quid inhabile,vel incongruũ admittãt,l.qui autẽ §. ult.iuncta l.ſequenti.ff.de cõſti.pecu.l.ut gradatim §.ſed ſi lege.ff.de mun.& honor.Hãc ſententiã Accurſij ſequunť Imola,& Alex.in l.ſi quis in fundi uocabulo. ff. de leg. 1.Bal. Nouellus in §.ſi quis ita, & Socinus hìc in 7.col.Eaq; multò magis habebit locũ ſi dictũ fuerit A.mihi decẽ,et reſponſum B.tibi decem,ut ponit hìc Socinus Iunior nume. 195. & 207. Ac ſanè ipſe quoque Accurſius uidetur ita intellexiſſe, qui cũ uelit illa elementa A. & B. ſignificare tãtũ promittis?promitto,nõ alius poteſt ipſius ſenſus eſſe,niſi ut uoluerit alia aliqua uerba in hac ſtipulatione fuiſſe adhibita, quæ rem ipſam in ſtipulatum deductam exprimerent. At his omnibus aduerſatur Caſtrenſis in l. 1. §. vlt. inf.

eo. Tametsi non expressim de his elementis ipse loquitur, ita enim proponit fuisse concepta stipulationis uerba, ut unus interrogauerit, promittisnè mihi decem? 2
Et alius responderit, Rex est in Francia, putatq; hęc ultima uerba satis idoneam responsionem continere ad firmandam obligationem, dummodo præcedenti aliqua protestatione eam uim assumpserint, ut respondentis consensum perfectè exprimere possint. Sentit tamen hoc idem Castrensis etiam quantum ad hęc elementa A. B. Quandoquidem profitetur se hac in re aduersari Accursio in d. §. sed hæc solemnia. qui de solis his elementis loquitur, neque alio modo hanc quæstionem proponit. Nec porrò desunt qui hac in re Castrensi potius, quàm Accursio assentiantur. Sentit enim cum eo Aretinus inf. in l. 1. §. si quis ita, Ias. in eadem l. 1. §. ult. licet ipse ibidem paulò post in contrariam partem uideatur propendere. Hanc sentẽtiam sequitur etiam Ripa hoc in loco nu. 9. in fin. Item Socinus iunior nu. 111. Verùm contraria sententia frequentius recepta est, ab antiquioribus præsertim, id quod etiam Aretinus, & Ias. animaduertunt in locis proximè adductis. Nos in hac quæstione statuimus non diù commorari, unde non ea hìc describemus, quæ latissimè à nostris doctoribus pro utraque parte congeruntur, Sed nonnulla paucis perstringemus, quæ non tantum in hac, sed & in alijs eiusmodi quæstionibus ad ueritatem facilius obtinendam maximo nobis (nisi fallor) adiumento esse poterunt. Quæ in hac quæstione traduntur omnia uidentur nobis commodissimè ad duo tantùm capita redigi posse. Primò enim quæri potest, utrum præcedens illa, quam diximus, protestatio, atque conuentio simplicibus elementis, aut etiam uerbis aliud 3
significantibus nouam significationem tribuere possit, an uerò huic mutationi leges aduersentur, ut pleriq; existimarunt. Deinde, utrum eiusmodi uoces post nouam hanc partam significationem possint dici uerba habilia, ita ut non alibi tantùm usui sint, sed etiam ad stipulationem, quæ non nisi uerbis perficitur, contrahendam sint idonea. Quod attinet ad primum, non uidetur mihi de eo dubitari posse, quin & illud simul in dubium reuocetur, utrum uerborum significatio natura consi
stat, ut & res, & conceptus, an (ut inquit Aristoteles, atq; intelligentes omnes fatentur) ab 4
hominum instituto pendeat. Quod si fateamur, ut fateri necesse est, uniuersæ alicuius prouinciæ habitatores tacita approbatione, atq; assiduo loquendi usu quasi conuenire, ac planè statuere posse, quomodo hoc, uel illud uocabulum apud ipsos omnes accipiendum sit, non uideo cur non eadem conuentio inter paucos aliquos homines admitti debeat; Vt si inter se loquendo uocem aliquam uelint secus accipere, atq; ab alijs accipi soleat, idq; anteà conuenienter præmonuerint, nõ ea significatio attendi debeat, quàm ipsi speciatim ei uoci cõmuni consensu tribuerint. ar. l. quæ de tota. ff. de rei uendic. Atqui certè hoc ipsum fatetur Accurs. in l. 4. ff. de leg. 1. in ver. vocabula, dum ibi do
cet eiusmodi conuentionem inter testatorem, & legatarium admittendam esse, quod an 5
etiam ad stipulationem porrigendum sit, suo loco dicemus. Quapropter tota huius primi capitis defensio in diluendis obiectis posita est. Ac solùm quidem illud obiectum uidetur nonnihil obstare, quod attulit Alex. in l. si quis in fundi uocabulo. ff. de leg. 1. alijq; nonnulli probarunt. Animaduertit ipse fictionis munus esse, quod inducatur elementa, siue etiam uerba significare id quod uerè non significant. Fictionum uerò eiusmo- 6
di inducendarum facultatem non subditis hominibus, sed soli legi datam esse, ut probatur in l. si fortè. ff. de pecul. & docet Bar. in l. si is qui pro empt. in 1. col. ff. de vsucap.

7 de vſucap. At nos contra fictionem ibi nullam eſſe dicimus, ubi contra ueritatem nihil aſſumatur, ut oſtendit fictionis diffinitio, quã idem Bar. tradit in d. l. ſi is qui pro emptore. Hîc verò nihil falſum aſſumitur, neque vlla ex parte veritati aduerſatur hæc noua ſignificatio; quandoquidem poſt ſequutam proteſtationem, ſtatim incipiunt illæ voces (quæcunque ſint) proferentium ſententiam verè indicare, id quod ad veram ſignificationem inducendam ſatis eſſe, dubitari non oportet. Plus ergo difficultatis habere uidetur alterum illud propoſitę quæſtionis caput, Vtrum ſcilicet hæ voces, ſicuti ad animi ſenſa exprimenda ob præcedentẽ conuentionẽ idoneę factæ ſunt, ita etiam in ſtipulationibus recipi debeant. Probabiliorem ſemper (ut mihi uidetur) ſententiã affirmatiuã primo aſpectu oẽs iudicabunt, pro qua illud certè mouet me plurimũ, quòd video Leonem, cùm antiquã illam tollit verborũ obſeruationem, nihil aliud in ſtipulationibus deſiderare, niſi vt illæ verbis idoneis fiant, neq; porrò vlla ex re alia æſtimare vtrũ hæc verba ſint idonea, niſi ex eo, quòd rectè conſenſum, partiũ exprimant. Proinde cum Imperator quamcũq; aliam inhabilitatẽ uoluerit excludere, reliquũ eſſe uidetur, vt nihil referat, vtrũ ex vno tantùm, an ex pluribus elemẽtis ſtipulationis uerba conſtent, & an in eam ſignificationem ab omnibus, vel à paucis tantùm accipiatur. Atq; in eundem modum perpen
8 di poteſt quod dicit Iuſtin. in §. ſed hæc ſolemnia Inſt. eo. Nec quicquã obſtat huic ſentẽtię quod conſiderat hîc Socinus de tacita relatione, quam in ijs tantùm rebus dicit eſſe admittẽdã in quibus tacitè. ac ſolis ſignis declarari uoluntatẽ ſatis eſt, ut in legatis. l. nutu. ff. de leg. 3. id quod in ſtipulationibus ſatis nõ eſſe compertiſſimum eſt. Nam reſpõdetur nihilò magis hîc neceſſariam eſſe relationem ad præcedentem conuentionem, quàm in communibus verbis proferendis neceſſe ſit ad primam illorum uerborum inſtitutionẽ fieri relationem. Siquidem pręcedens illa conuentio iàm pleniſſimè effectum ſuum ſortita eſt, ſimul atque hiſce uocibus nouam tribuit ſignificationem, easque ad exprimendam contrahentium uoluntatem habiles reddidit. Ita fit, ut nulla relatio ſit neceſſaria, ſed ſolæ iſtæ uoces tanquam habiles iam effectę conſiderentur. Atque ex hoc apparet,
9 multo minus etiam illud obſtare, quod idem Socinus conſiderat, nec per expreſſam relationem poſſe fieri ſtipulationem: ut in illa facti ſpecie, cùm promiſi tibi decem per ſtipulationem, deinde ſubiicio; eodem modo, quo tibi decem promiſi promitto etiam Titiũ ſeruum, quo caſu affirmat, & rectè quidem, inutilem eſſe ſtipulationem arg. c. penul. extra de iureiuran. Etenim ibi verè fit relatio, ut omiſſæ interrogationis uitium corrigatur, cui tamen uitio nequaquam eo modo ſatisfactum eſt, ſed hîc negamus ullam fieri relationem, negamus pariter quicquam hîc ſubeſſe uitii, quantum ad ordinem interrogationis, ac reſponſionis, cuius gratia ullo relationis, uel alio præſidio ſtipulationi ſuccurrendum ſit. Ita commodiſſimè poſſet hanc ſententiam defendere, qui contentionis cupidior eſſet, quàm ueritatis. At qui ueritatem amant (quàm plerunque non tàm certis argumentis, quàm probabilibus indiciis, ac coniecturis aſſequimur) non debent iudicio meo recedere ab Accurſii, cæterorumque frequentiori ſententia qui ſtipu-
10 lationem hoc caſu inutilem eſſe affirmant. Quod ut ueriſſimum eſſe commodius intelligamus, duo ſigillatim conſideranda ſunt. Primum utrum Vlp. Leo, & Iuſtini. in iis legibus, quas paſſim Doct. in hac quæſtione afferunt, de hac ipſa ſpecie aliquid cogitaſſe, aut quid de ea ſenſiſſe exiſtimandi ſint. Deinde ſi demus eos non planè hoc ipſum quod quærimus, in animo unquam habuiſſe, quid ſaltem ueriſimile ſit eos fuiſſe reſponſuros, ſi hac de re fuiſſent aliquando interrogati. Quod attinet ad primum, puto ego

intrepidè

Intrepidè affirmare poſſe Iuſtinianum, aliosque omnes tùm Imperatores, tùm Iuriſconſultos à propoſitę ſpeciei cogitatione fuiſſe alieniſſimos. Conſiderandum eſt enim quantũ momenti in uerbis ſtipulationum ſemper fuerit, quæ quidem tanti ſunt, ut quã- 11
uis alioquin tanquam notæ conceptuum, ut inquit Ariſt., uoluntati ſemper inſeruiant, cuius exprimendæ quaſi inſtrumentum rectè dicuntur, tamen in ſtipulationibus ipſa uoluntate quodammodo potiora ſint, poſſintq; ibi obligationem inducere, ubi nec 12
conſenſus, nec negotium, quod geritur, ad eam rem quicquam prodeſſent, quod & ſupra tetigimus, & clarius etiam inferiùs explicabimus. Neque uerò alia ſanè cauſa fuit, cur non omnia paſſim uerba in ſtipulationibus admitterentur, ſed ſolemnia quędam uerba tantùm in uſu eſſent, niſi quia uidebant ueteres illi, quanta in ſtipulationibus uerborum uis eſſet futura, & quantum ex ijs præiudicij promiſſoribus inferri poſſet. Itaque præſcriptos limites egredi non audebant, ac uix longo annorum interuallo in ſolemnium uerborum numerum alia quædam pauca (ut uidimus) receperunt. Nam Seuerus in l. blanditus. C. de fideiuſſ. teſtatur fuiſſe recepta illa uerba, faciã quod uis. Vlp. itidem in §. ſi quis ita. putat illa eſſe recipienda. dabis? quidni? Tandem hac in re omnium maximè facilem ſe præbuit Leo, qui ſua illa generali conſtitutione, de qua in l. omnes. C. eod. admiſit quæcunque uerba, etiam ſi non eſſent ſolemnia, uel directa. Ex hac tota legum ſerie liquidò cognoſci poteſt, nec Leonem, nec Iuſtinianum, 13
multoq; etiam minùs cæteros anteriores de his ipſis elementis, ſeu de hac cõmunium uerborum inuerſione cogitaſſe. Nam Iuſtin. nihil planè aliud addere uoluit prętor id quod à Leone fuerat conſtitutum, cuius conſtitutionis ſententiam refert in d. §. ſed hæc ſolemnia. At uerò Leo in eo quod recipit uerba etiam non ſolemnia, & non directa, apertè oſtendit de eo ſe nihil dubitaſſe, quin uerba deberent eſſe cõmunia, & in communi ſignificatione accipienda eſſent. Alioquin enim per dictionem etiam id expreſſiſſet, de quo minus poterat dubitari, quod uerò magis dubium eſſe poterat omiſiſſet; quæ res naturæ huius dictionis implicatiuæ prorſus aduerſatur, iuxta no. in l. 1. C. qui admit. Huc accedit, quod legum condendarum occaſio, ad earum ipſarum declarationem momenti plurimum habet, id quod nemo (ut opinor) inficiabitur. At Leoni certè conſtitutionis illius edendæ nulla alia occaſio eſſe potuit, niſi quia ex antiqua illa uerborum obſeruatione (ut & ſupra animaduertimus) multæ oriebantur controuerſiæ, cùm ſæpè forſan debitores eo prætextu datam fidem ſeruare recuſarent, ſicque ſæpè Imperatores aſſiduis aditionibus inquietari contingebat, pro ut dicitur, in d. l. aſſiduis. C. qui pot. in pig. hab. At credendum non eſt in re tanti momenti, ubi leges ne uerba quidem cõmunia, atque ex cõmuni ſignificatione uoluntatem contrahentium planè exprimentia admittebant, fuiſſe qui uel nuda elementa, uel inuerſa uerba adhiberent, atque eiuſmodi notis conceptam ſtipulationem ab Imperatore recipi, ac probari poſtularent, cùm præſertim non obſcurum ſit, uerborum mutationem dolis potiùs, ac fraudibus apta, quàm cõmercijs neceſſaria eſſe, ideoq; ſemper legibus eſſe ſuſpecta, iuxta not. in l. unica. C. de mutat. nomin. Sed quod in Leone ac Iuſtiniano uidimus eſſe ueriſimile, id in Vlpiano tàm clarum eſt, ut nullis egeat coniecturis. Quomodo enim non abſurdiſſimum eſt quod exiſtimat Caſtren. poſ- 14
ſe colligi ex d. l. 1. §. vlt. elementa literarum ſufficere ad perficiendam ſtipulationem, ſi temporibus Vlpiani ne uerba quidem communia omnia admittebantur, ſed tantùm uerba directa, atque ſolemnia, ut ex Leonis conſtitutione neceſſariò probatur?

Nec

Nec dicatur, ut nonnulli dicunt, post protestationem hæc elementa A. & B. significare promittis? promitto; sicque uerborum solemnium naturam assumere. Nam ex ueteri obseruantia non solus illorum uerborum sensus exigebatur, quæ ut solemnia recipiebantur, sed uerba ipsa erant planè necessaria, ut rectè probatur arg §. si quis ita, & l. blanditus. C. de fideiuss. Itaque nostris (ut uidemus) contingit interdum, ut quo subtiliores ueritatis inuestigatores uideri se uolunt, eò maiores ipsi ueritati tenebras offundant: Posteaq̃ uidimus de hac specie legumlatores non cogitasse; nunc uideamus, utrum si fortè cogitassent, aut si hac de re fuissent interrogati, pro stipulatione, an contra stipulationem uerisimiliter responsuri fuissent. Ac certè cum dicant quibuscunq; uerbis posse fieri stipulationem, & nihil aliud, quàm consonantem consensum requirant ab utraque parte, uidentur etiam in eiusmodi specie stipulationem esse recepturi. Nos tamen hîc quoque contrarium existimamus, neque huic senten-

15 tiæ credimus obstare quod Leo in l. omnes. ad quem pariter refert se Iustin. in §. sed hæc solemnia. dixerit quibuscunque uerbis compositas stipulationes suam habere firmitatem d. l. omnes. Nam cùm dicat ipse. Etiamsi non directis, uel solemnibus uerbis, sed quibuscunque compositæ sint. apertè ostendit, non alia de causa se geminata hac dictione usum fuisse, quàm ut complecteretur uerba omnia, quæ neque directa, neque solemnia sunt. Quocircà rectè colligimus ipsius mentem fuisse, ut his duabus qualitatibus exceptis, cæteras omnes retineret. Quemadmodum ergo uerba illa solemnia, & directa, erant insuper omnibus eadem, qui eadem lingua utebantur, atque in communi significatione accipiebantur, ita credendus est fuisse responsurus Imp. talibus etiam uerbis hodie stipulationem fieri oportere, licet ea neque directa, neque solēnia esse necesse sit, quod unũ ea lege corrigĩt. Ita enim semper accipĩt dictio, sed, ut ad uersẽt retentis qualitatibus orationis præcedentis. l. quicunq; §. si ita quis. l. qui usumfructum, ubi Bart. Alex. Aret. & alij inf. eod. Sicq; optimè hęc lex retorqueri potest contra eos, qui opinionem affirmatiuam defendunt. Mouet me prætereà illa coniectura, quòd uideo nostrarũ legũ authores eas tãtùm cõuẽtiones in modũ regulæ approbasse,

16 quas uiderũt certissimã, atq; apertissimã ab utraq; parte æquitatem continere, de quibus uerò id dubium erat, ita ut generatim recipi non satis tutò potuerint, eas uideo iudicis arbitrio esse permissas, qui ex personis, & causis æstimare debet, an actio danda sit. l. ult. in fin. inf. tit. prox. Quapropter cùm clarum sit, hæc elementa, atque hosce inuersos uerborum sensus, (quibus loquendi modis sæpenumerò etiam fures, ac fraudulenti homines utuntur) suspicionem fraudis nonnullam afferre, uel saltem non semper certam, & apertam æquitatem continere, nequaquam credibile est, ipsos legum authores eo adductos iri, ut totam stipulationum obseruationem penitus relaxantes etiam stipulationes in hunc modum contractas tanq̃ legitimas amplecterentur. Neque ulla sanè id necessitas postulasset, cùm uel si maximè eiusmodi aliqua stipulatio interdum proponeretur, quę tantùm haberet ęquitatis, quantum ad actionem satis esset, idq; ex personis, & causis colligi posset, tamen semper præstò adsit remedium d. l. ult. in fin. inf. tit. prox. Animaduerto insuper de huiusmodi stipulationis uiribus nunquam dubitari, nisi cùm promissor negat se debere, ac quod promisit, seruare recusat, ita ut in iudicio rem controuerti necesse sit. At tunc creditor proculdubio non solam illorum elementorum prolationem allegabit, sed præcedentem illam conuentionem, quæ nouam hisce uocibus tribuit significationem, sicque

precedenti

præcedenti illi conuentioni totum fermè autoritatis pondus inerit. Sed nulla est ratio, cur magis efficax esse debeat hæc conuentio, quàm cæteræ nudæ conuentiones. Poterit enim forsan promissor dicere, se tunc tantùm illas voces sic accipiendas existimasse, cùm de iocis, non autem cùm de rebus serijs ageretur, poteritq; etiam aliis multis similibus modis mentem suam interpretari, cùm illi conuentioni nihil insit, quod illum planè ligare, atque adstringere possit. Id quod dici non potest quoties communibus, ac cõsuetis uerbis stipulatio concepta est: nam tunc contra promissorem potest afferri communis loquendi usus, atque obseruatio, quæ illum planè urget, atque conuincit. Atqui 17 certè parum referret, quod legumlatores in stipulationibus omninò uerba requirerent, si tanta hęc in ipsis uerbis tùm formandis, tùm mutandis daretur licentia; namque hoc modo nihilo plus uerba, q̃ signa nobis pręstarent. Nec sanè uideo quid intersit, quod conueniamus, illa elementa A. B. significare promittis? promitto, et quod proemoneamus tunc me significaturum promittis? cum ambas manus simul iunctas ad caput extulero, te uerò, cum ad crura illas demiseris, significaturum promitto. Attamen uidemus leges ubique (ac non alia de causa, quàm erroris, & perplexitatis planè omnis uitandæ causa) usqueadeo hæc signa detestari, ut propterea etiam in testamentis constitutum sit non signis numerorum, sed integris uerbis, atq; literis quotas hæreditatis inter filios 18 exprimi debere, quò magis claræ, atque indubitatæ appareant, ut disertè tradit Iustin. in autent. de testam. imperf. in princ. Ex cuius uerbis eo in loco liquidò constare potest, quàm facilè fuisset ipse Iustinianus concessurus, ut simplicibus elementis, aut uerbis mutatis posset concipi stipulatio, quam uerbis communibus, non tamẽ directis, aut non solennibus fieri posse uix tandem aliquando, post longissimum annorum interuallum, receptum fuerit. Nec dicatur (id quod sæpius à contrariæ sententiæ defensoribus inculcari solet) ex eiusmodi elemẽtis, aut uerbis mutatis satis, superq; cõtrahentiũ exprimi uoluntatem, ob pręcedentem scilicet illam conuentionem, nam ex hoc solo legi nõ est satisfactum (ut rectè etiam nonnulli recentiores hìc animaduertunt) quæ non aliter, q̃ in illo ipso facto stipulandi hanc uoluntatis exigit expressionem, cum alioquin quæcunque conuentio in stipulationum numerum recipienda esset, ad quam ineundã deliberato animo partes accessisse ex præcedentibus aliquibus factis demonstrari posset. Ego hanc puto esse ueritatem, quamuis illa non nisi accuratissimè hanc rem totam cõsideranti sese penitus ostendat. Habet enim contraria sententia (ut uidimus) apparentes quasdam rationes, quæ ceruicosis hominibus longam disputandi materiam præbuerunt. Ex ijs porrò quæ diximus perspicuè intelligi potest, quàm friuola, ac plane inania sint pleraque argumenta, quę in hac quęstione adducuntur. Atque illud pręsertim, quod ego aliquando in circularibus nostris disputationibus audiui maximè extolli, ac nouissimi Senenses hìc adducunt. Putant ipsi illud idem constituere Leonem in l. omnes C. eod. quod anteà Vlpiani lege cautum erat in §. si quis ita. Quocirca dicunt esse 19 locum illi regulæ, qua traditur nullo planè modo, ac ne ad terminos quidem habiles posse congustari legem, quæ idem statuat, quod alia aliqua lege antiqua fuerit anteà constitutum, ut no. in l. 1. §. nunciatio. ff. de nou. ope. nunc Qua ratione concludunt in stipulationibus etiã uerba inhabilia esse recipienda. Nos uerò respondeamus falsum esse illud assumptum, ex quo tota hæc argumentatio pendet, nimirum idem decreuisse Leonem, quod à Vlpiano fuerit inductum. Namque alium Vlpiano, alium Leoni fuisse sensum, satis hìc à nobis, ac plenius etiam superiore capite fuit demonstratum. 20

ARG.

ARGVM.

CVr potiùs conceptio, quàm conuentio, uel consensus, tanquam genus in hac diffinitione assumatur. Et cúm multa alia sint, in quibus pariter uerborum conceptio est necessaria, cur sola obligatio, quæ oritur ex stipulatione, uerborũ obligatio appelletur:

1 Conuentio de contractibus omnibus prædicatur.
2 Stipulatio multis in locis contractus appellatur.
3 Non eiusdem generis sunt diffinitiones omnes.
4 Non bene sentit Alciatus, hoc differre uerborum conceptionem à stipulatione, quod uox differt à re.
5 Non satis est, ex definito præcognito declarari diffinitionem.
6 Quomodo genus in diffinitione exprimendum sit.
7 Non est illis assentiendum, qui putant genus stipulationis non uerborum conceptionem esse, sed conuentionem.
8 Stipulationis quæ materia, & quæ forma sit. & nu. seq.
9 Potest unum, & idem ad diuersa prædicamenta referri.
10 Vt syllogismus differt à ratione in syllogismum redacta, ita à conuentione in stipulationẽ redacta differt stipulatio.
11 L.j.§.conuentionis.ff.de pact.
12 Verum ne illud sit, ex consensu oriri naturalem obligationem, ex uerbis ciuilem.
13 Ciuilis obligatio sit ne distincta à naturali.
14 Ratio, cur obligatio stipulatione cõtracta à uerbis potius nominetur, quàm à consensu.
15 Qua in re peccent rationes à Doct. adductæ.
16 Quàm latè forma à nostris accipiatur.
17 Cum aliæ sint obligationes, quæ uerbis inducuntur, cur sola illa, quæ ex stipulatione oritur, dicatur uerborum obligatio.
18 In quibus speciebus oriatur obligatio ex uerbis, præterquàm in stipulatione.
19 An in omni iuramento uerborum solemnitas requiratur.
20 Non bene Castrensis reprehendit hodiernam practicam de iuramenti prẹstatione.
21 Quoties ex solis uerbis oritur obligatio, semper lex requirit, illa uerba esse solemnia.
22 Dictio dotis Iustiniani legibus reiecta.
23 Alia recẽsentur ex iure Pontificio, in quibus uerba sunt necessaria.
24 Licet testes non nisi uerbis expressis deponere debeant, tamen ex ijs uerbis non oritur obligatio.

CAP. XXIIII.

PRoximè sequitur in Pomponij diffinitione uerbum CONCEPTIO, à quo pendet præcedens illa dictio, uerborum, sicq; ambo hæc simul iuncta huius diffinitionis genus constituunt, quod mox sequentibus differentijs coangustatur, ut posteà uidebimus. Sed illud hîc ante omnia aduertendum est, uideri Pomponium errore lapsum esse. Nemini est incognitum, quod & Vlp. docet in l. 1. §.
1 penul. ff. de pact. conuentionem de stipulatione quoque, ut de contractibus omnibus prædicari. Quocirca nulla uidetur esse ratio, cur non etiam in stipulationis diffinitione conuentio tanq̃ genus assumi debuerit. Fungitur genus in diffinitione uice materiæ, quemadmodum differentiæ funguntur uice formẹ: at stipulationis materiam esse conuentionem, atque consensum nemo non concedit. Quod si forsan nimis latum, atq; remotum genus esse conuentionem Pomponius iudicabat, cùm nõ tãtùm cõtractus nominatos, sed etiã nuda pacta cõplectat̃, uidetur saltẽ debuisse contractum uti genus proximum assumere, cùm permultis in locis stipulatio contractus ap-
2 pelletur,

pelletur, ut in l. non solum, & l. quæcunq; sup. tit. prox. l. si donationi. C. quod met. caus. l. præposteri. C. de testam. et facit l. 1. §. conuentionis. ff. de pact. Hoc obiectum uisus est sentire Alciat. lib. 9. parerg. cap. 21. Fatetur uerò ipse uerborum conceptionem non esse genus stipulationis, sed putat eam contractui stipulationis potiùs accedere, atque hoc distare à stipulatione, quod uox à re. Quod illa exprimatur in hac diffinitione, ac uerum genus omittatur, idcircò fieri existimat, quod hęc non sit uera, ac substantialis diffinitio, quam Gręci ἐννοίαν uerùm ἑρμηνευτικὴν, in qua satis esse dicit, si rei notionem 3
quandam tradat, doceatq; quo pacto quælibet res cognosci possit, ut cùm Caius lib. 2. instit. dixit, substitutio est secundi hæredis appellatio, quare sicut ibi ponitur appellatio pro effectu appellationis, ita hîc uidetur poni conceptio pro eo, quod ex conceptione ipsa inducitur. At non sic temerè ad ultimum hoc perfugium decurrere debemus, sed ita demum, si nobis compertissimum antea fuerit, hanc Pomponij diffinitionem, tanquam ueram, & substantialem diffinitionem defendi non posse, nos uerò potius errore labi Alciatum existimamus, qui quod uox differt à re, hoc conceptionem uerborum à 4
stipulatione differre existimauerit, nam longè secus rem sese habere paulò inferiùs demonstrabimus. Alio modo respondet hîc Iacobus Mandellus, ac non inficiatur, quin „ conuētio sit genus stipulationis, sed in uerbis à Pomponio expressis dicit omninò eam „ contineri, quatenus de promissione mentio habetur: Vbi enim (inquit) promissio est, ibi est obligatio, ubi obligatio, ibi conuentio. l. 1. §. penul. ff. de pact. Quæ defensio (sententia mea) priore etiam multò infirmior est, cùm nemo non uideat, quàm absurdum sit, ex natura, & effectu promissionis colligi genus stipulationis, debet enim diffinitio præcognita explicare substātiam rei definitæ: at hoc modo definitum præcognitum declararet diffinitionem. Atqui certè si ex hoc solo posset dici diffinitio constare ex genere 5
& differentijs, quod genus per interpretationem quocunque modo ex natura definiti colligeretur, neque illud expressim poni necesse esset, nulla propemodū esset descriptio, 6
siue ab effectu, siue à fine, siue alia ratione tradita, quæ non uera, & substantialis diffinitio dici posset; cùm uix sit, ut cùm rem aliquam accuratè circūscripseris, non ex ea circumscriptione, ad ueri generis cognitionem peruenire aliquo modo possis. Vt ergo quid sentiam hac in re, nunc statim exponam, puto ante omnia quæri oportere, an illud salua ueritate retineri possit, quod omnes constantissimè tanquam indubitatum admittunt, non cōceptionem uerborum, sed conuentionem esse genus stipulationis; Ego enim nunquam temerè adducar, ut hanc Pomponij diffinitionem reprehendendam existimem, nisi 7
priùs id rectè probatum uidero. Nam quod stipulatio habeat in se consensum, & conuentionem, ut inquit Vlp. in d. l. 1. §. penult. ex hoc non statim sequitur conuentionem tanquam genus de stipulatione prædicari: imò uerba, quibus ibi utitur Vlp. potiùs contrarium mihi uidentur ostendere, ut statim dicam. Itaque ego contrarium uerius affirmari posse arbitror, nimirum conceptionem uerborum esse materiam stipulationis, ac propterea Pomponium rectissimè hoc genus assumpsisse, cùm genus (ut dictum est) ma 8
teriæ instar obtineat: Formam uerò stipulationis esse statuo ordinem interrogationis, ac responsionis, qui in hac conceptione adhibetur, ideoque non ab re Pomponium in ijs differentijs, quibus hoc genus restringit, solum hunc ordinem interrogationis, ac responsionis expressisse, cùm differentiæ non alia de causa ponantur in diffinitione, nisi ut rei definitæ, quoad eius fieri potest, nobis formam ostendant. Verùm quia prospicio durius hoc plerisq; uisum iri, ut plenius hæc res tota cognoscatur, ac planè intelligatur

intelligat, quæ stipulationis materia sit, considerare debemus, nonnulla reperiri, quæ uel si subiecto semper cum altero concurrant, tamen substantiam ab eo diuersam habent; Vnde fit, ut quæ re ipsa non separantur, animo tamen, & cogitatione separari debeant, cum alioquin non uerè, ac distinctè ipsorum essentiam intelligere possimus. Neq; id sanè
9 mirum, cùm doceat Arist. in prædicamentis, posse unam, atq; eandem rem diuersis consideratis ad diuersa prædicamenta referri, quæ tamen prędicamenta realiter inter se differre nemo non intelligit. Tradam exemplum, non quod omnium facillimum sit, nam uerè hæc res obscuritatis nonnihil habet, sed quod rei nostrę sit quammaximè accõmodatum. Proponamus nobis alicuius effectus causam aliquam, qua posita effectum illũ pariter sequi necesse sit, ueluti propiorẽ esse solẽ æstate, ideoq; magis calefacere. Huius effectus à sua causa (ita loquar) dependẽtiam redigamus ad formam sillogismi. Qui crassa Minerua totum hoc simul considerauerit, dixerit forsan illam causam esse materiam syllogismi: sed uerè nõ ita est, quia illa causa nõ est oratio. At syllogismus (ut definit Arist.) est oratio, in qua positis quibusdam aliud aliquid necessariò sequitũ, & hac sola ratione di
10 citur causa conclusionis. Quocircà multum refert, utrũ consideres syllogismum per se, an consideres illam causam in syllogismum redactam. Ita ergo credimus hîç quoq; permagni referre, utrùm consideremus conuentionem stipulatione contractam, an uerò ipsam stipulationem. Nam de conuentione in stipulationem redacta, fatemur prædicari consensum, atque ipsam conuentionem simpliciter sumptam, quæ potest & cum stipulatione fieri, & sine stipulatione. At si consideremus ipsam stipulationem, tum dicemus ipsius materiam non consensum, nec conuentionem esse, sed uerba. Nam sicut syllogismus est oratio, quanuis ad realem semper aliquam causam applicetur, sic quanuis stipulatio consensum semper habeat, & alioquin nulla sit, tamen ipsius stipulationis alia
11 est materia quàm consensus. Quod cùm uideret Vlp. in l. 1. §. conuentionis. ff. de pact. de stipulatione magis, quàm de alijs obligationibus dubitauit, an contineret consensum, propter rationem quam ipse ibi affert, nimirum quia uerbis fit. Qua in re non obscurè fatetur uerba magis, quàm consensum stipulationis materiam perficere. Sentiuntq; hoc idem Modestinus in l. obligamur. §. uerbis sup. tit. prox. & Pomponius in hac diffinitione. Neque porrò hoc iurisconsultorũ tãtùm autoritate nititur, sed & rationi maximè consentaneum est. Nam cùm uiderent leges (ut & supra diximus) esse interdum, cùm neque traditio in conueniendo interueniat, neq; consensus eiusmodi, ut ad efficaciam obligationis satis sit, inuenerunt remedium stipulationis in sola uerborum obseruatione positum, quo qui utitur, efficaciter semper sibi obligat aduersarium. Quapropter adhibita stipulatione solũ illud uerborũ uinculũ attenditũ, nec spectatur amplius, uerè ne insit consensus, aut qualis insit, cũ ex solo ordine interrogationis semper inesse præsumatur, ac quanuis alioquin consensus ipse habilis non esset ad obligationẽ inducẽdã,
12 tamẽ propter solam uerborum solẽnitatẽ obligatio oritur. Itaq; ut non prorsus reijciendum, sic nec prorsus recipiendum est, quod dicunt Doct. ex consensu oriri naturalem obligationẽ, ex uerbis autẽ ciuilẽ. Nam cùm obligatio naturæ semper fundamentis ni-
13 tatur, ut aliàs à nobis declaratum est, ciuilis uerò non semper sit per se obligatio distincta à naturali, sed ciuilis sit etiam naturalis obligatio ob legis ciuilis approbationem, hîc dico legem obligare ob præsumptum consensum, sicq; ob pręsumptam naturalẽ obligationẽ; Et quia hæc præsumptio ex solis uerbis oritur, concludendum est, uerba primam, ac potissimam causam esse, cur lex ipsi stipulationi autoritatis suę robur impertiatur.

Itaque non debet cuiquam mirum uideri, quod Pompon. & alij iurifcõfulti totum hoc, quicquid eft, ftipulationis remedium, (pono femper legis fomentum adeffe, fine quo fti pulationẽ dici nõ poffe exploratiffimũ eft) in uerborũ conceptione, atq; ordine ponant, Et quãuis ftipulatio nunquã det, quin adfit etiã conuentio, tamen conceptio uerborũ, qua utimur in conuentione, ab ipfa conuentione differt, eftq; ipfa uerborũ conceptio remediũ à lege inuentum, ut conuentionis infirmitati fuccurratur, quod appellamus fti pulationẽ. Atque hîc præ oculis femper eft habẽdũ quod de fyllogifmo dictum eft, qui caufam conclufionis femper cõplectit, tamen caufa conclufionis, quà res, uel cõceptus eft, planè differt à fyllogifmo, cum ipfe nihil aliud fit, quàm oratio ita difpofita, atque for mata, ut ex ijs, quæ antea ponuntur, aliud aliquid neceffariè fequi poffit. Liquidò etiam oftendunt, quæ hucufque à nobis tradita funt, fruftrà excitari illã quæftionẽ à Caftrenfi, Alex. & alijs difputatã, cuius propterea nos decifionẽ ad hunc locum referuauimus, cur fcilicet ftipulatio, fiue (ut rectiùs dicam) cur obligatio ftipulatione contracta à uerbis po 14 tiùs nominetur, quàm à confenfu. Demonftrauimus enim conuentionẽ, atque confen fum, uel fi is femper ftipulationi faltẽ præfumptiuè infit, nõ tñ ipfius ftipulationis fubftã tiã perficere, quã totã in uerborum conceptione, atque ordine (nifi modò ea uis defit, ut nufquã deeft, qua ftipulatio à legibus donatur) pofitã effe nõ dubitamus. Qua ex re fequit, rationes, quas fupra ex Caftrenfi, Alexandro, & Socino recitauimus, licèt coloris 15 nõnihil habere uideant, tamen in eo omnes peccare, quod ponunt confenfum effe ma teriã, & fubftantiã ftipulationis, atque eodẽ modo ftatuunt illũm in ftipulatione, ficut in alijs cõtractibus cõfiderari, id quod falfum effe fatis iam hucufque fuit à nobis demon- ftratum. Verùm quia quicquid neceffariũ eft, ut ex aliquo actu fequat iuris effectus, id fo lent Doct. dicere ad fubftantiã, quin uerò & ad formã illius actus pertinere: Si hoc mo 16 do fubftantiã, ac formã accipiamus, non negauero, quin confenfus ftipulationis fubftan- tiã, atque formam refpiciat. Atque hoc modò non prorfus effet reprehendendus Bart. qui in l. ita ftipulatus in 12. opp. inf. eod. & in l. 1. in 2. col. ver. non obftat. ff. de condict. indeb. dicit in forma deficere ftipulationem, quæ in confenfu deficiat. Iam uerò quo niam uidimus qua ratione obligatio, quæ oritur ex ftipulatione, à uerbis potiùs nomi- netur, quàm à confenfu uerborum obligatio appelletur, locus ifte admonet nos, ut il- lud pariter inquiramus, cur fola ipfa appelletur uerborum obligatio. Ac probabilior certè hæc dubitatio eft, quàm fuperior; nam cùm pleræque aliæ fint obligationes, quæ 17 uerbis inducuntur, poterit cuipiam non immeritò dubium uideri, cur cùm genera- liter infcribatur hęc Rub. de uerb. obligat. de fola ftipulatione in toto hoc tit. tracte- tur, quafi uerò fola hæc uerborum obligatio reperiatur. Effe uerò alias uerborum obli gationes præter illas, quæ ftipulatione contrahuntur, apertiffimis exemplis demonftrari poteft. Primò in uenditione dictum obligat, ut nemini obfcurum eft, atque ex eo ori- 18 tur actio uel redhibitoria, uel æftimatoria, hoc eft quanto minoris. l. fi quod uendi- tor. l. fi hominem. l. fciendum. §. dictum. ff. de ędilit. edict. l. quod uenditor. ff. de do- lo. Sicque ibi uerba funt, quæ obligationem inducunt. Prætereà etiam in autoritate præftanda, nempè cùm de obligando pupillo agitur, uerba uoce expreffa requiruntur, atque id caufæ eft, cur neque mutus, neque furdus tutores effe poffint. l. 1. §. 1. ff. de tut. l. 3. ubi Accurf. ff. de aut. tutor. Nec dicat in prædictis quidẽ cafibus uerba interuenire, attamẽ nõ in iis, ut in ftipulatione uerborũ folẽnitatẽ neceffariam effe. Nam eft etiam in terdum, cùm requiratur verborum folemnitas, neque alio modo, quàm ex uerbis folem

nibus

nibus obligatio oriatur. Vt ecce dictio dotis non nisi uerbis solemnibus fit;ut habemus in Codice Theodosiano uarijs in locis,& præsertim in l. 3.C. de incest. nup. & in l. 2. C. de dotib. Item iusiurandum uerbis solennibus præstari debet, uidemus enim obligationem ex iureiurando non nisi per acceptilationem tolli posse l.& per iusiurandum.ff.de accept. quę acceptilatio necessaria non esset, si alio modo quàm uerbis fuisset obligatio inducta §. item per accept. Inst. Quib. mod. toll. obligat. Quod tamen de eo tan-
19 tum iuramento accipiendum est, de quo loquitur Vlp. in l. & per iusiurandum.ff.de accept. Neque enim reperio in omni planè iuramento uerba solemnia iure ciuili fuisse necessaria. Vnde planè falsum esse iudicio, quod hîc dicit Castren. minus iuridicam es-
20 se practicam hodiernam de sola scriptura in iuramenti præstatione tangenda, absque illa uerborum expressione, atque ob id forsan, qui eo modo sine uerbis iurant à periurio excusari posse, neque enim animaduertit Castrens. de quo iuramento loquatur Iurisconsultus, cùm uerborum solennitatem requirit. Sed ne discedamus ab eo, quod nobis propositum est, constanter affirmari posse puto, neque hæc, neque alia eiusmodi exẽpla quicquam obstare, quominus sola illa obligatio, quæ oritur ex stipulatione uerborum obligatio dici debuerit. Ac primò de illis speciebus, in quibus, uel si uerba interueniant, nulla tamen exigitur uerborum solemnitas, nihil est quod dubitetur; siquidem hoc ubique obseruabimus, quoties uerè ex ipsis uerbis oritura est obligatio, semper le-
21 gem id requirere, ut uerba solemnia sint, ubi uerò uerba solemnia non sunt necessaria; quamuis uerè illa interueniãt, uidebimus semper aliud aliquid subesse, cui potius, quàm uerbis producendæ obligationis effectus debeat assignari. Ostendit hoc nobis exemplum illud paulò ante allatum ex l. sciendum §. dictum.ff. de Ædil. Edict. Nam quod dictum in uenditione efficax sit, & actionem redhibitoriam, uel quanto minoris producat, hoc non ipsis uerbis tribuendum est, sed potius negotio, quod geritur, à quo robur, atque efficaciam dictum illud assumit. Neque secus accipiendum est, quod diximus in autoritate præstanda uerba esse necessaria. Primò enim clarum est, nõ oriri obligationem ex autoritate, sed ex actu illo, super quo autoritas præstatur. Præterea uel si maximè ex autoritate oriretur, negarem tamen ad hanc rem plus ponderis habere uerba, quibus autoritas præstatur, quàm ipsius tutoris consensum, atque uoluntatem. Itaque maiorem uidentur dubitationem habere cætera exempla, in quibus uidimus non tantùm uerba requiri, sed uerborum etiam solemnitatem esse necessariam, unum de dictione dotis, alterum de iuramento liberti. Sed considerandũm est uerba solemnia, quæ in dotis dictione requiruntur, non eiusmodi esse, quæ possint semper in quacunq; materia, atque in quocunque negotiorum genere producere obligationem, ut sunt uerba stipulationis, sed tunc tantùm, cùm de dotis promissione agitur. Quo fit, ut quod illi insit roboris, id non solis uerbis, sed aliqua ex parte etiam subiectę materiæ tribuendum sit. Non ergo potuit esse impedimento dictio dotis, quominus uerborum obligatio absolutè dici posset, quæ oritur ex stipulatione, cùm quæ illi inest obligatio, eam
22 non simpliciter uerborum obligationem esse demonstratum sit. Ac multò etiam magis hoc hodiè affirmari poterit, post leges scilicet Iustiniani, quibus hæc ipsa dotis dictio planè reiecta est. Vnde tametsi in Codice Theodosiano de dictione dotis extant leges nonnullæ ut l. 2. de incest. nupt. l. 3. de dot. tamen in libris Iustiniani nulla prorsus de illa mentio fit. Quinimo quibus in locis dotis dictionem, aut doti dicere Iurisconsulti, atq; Imperatores scripserant, dotis promissionem, atque dotẽ promittere, compilatores po-

suerunt

fuerunt. De iureiurando liberti idem affirmamus, quod de dictione dotis paulò ante diximus. Nam quæ in ipso uerba adhibentur, ea non eiusmodi sunt, quæ passim obligationem inducere ualeant, sed ita demum, cùm libertus iurat se operas præstiturum. Qua ex re fit, vt obligatio, quæ ex hac specie oritur, non solis uerbis, sed uirtuti etiam sacramenti pro parte tribuenda sit, atque idcircò non simpliciter uerborum obligatio dici possit. Alios præterea nonnullos actus enumerant recentiores, in quibus verba 23
sunt necessaria, ut sacramentum baptismi c. I. extra de bapt. c. prima igitur, & c. seq, de consecr. distin. 4. c. detrahe. I. q. I. c. I. de cogn. spir. in 6. Vt etiam diuinum missæ sacrificium. c. cum Marthæ. extra de celebr. miss. aliaque item nonnulla. Sed illa certè ad propositam nobis difficultatem nihil pertinent. Neque enim facere debent sacramentum baptismi, aut sacrificium missæ, atque eiusmodi alia, quo minus obligationem, quæ oritur ex stipulatione, absolutè possimus verborum obligationem appellare. Nam ut omittam hæc aliò spectare, atque in hisce libris considerari non potuisse, ideoque nec à nobis hoc tempore sacra prophanis esse commiscenda, clarum est ex prædictis actibus non oriri obligationem eiusmodi, quæ producat actionem, aut id cõtineat, quod pecunia æstimari possit. Quæ ratio etiam facit, vt neque testium depositiones vllam nobis hac in re dubitationem afferre debeant, quamuis testes (saltem vt plurimùm) non nisi ore, ac uerbis expressis deponere debeant, ut rectè probatur arg. 24
l. 3. vers. tu magis. ff. de testib. Siquidem illę licet obligationem iam inductam probent, nullam tamen ex integro obligationem inducunt. Itaque concludamus, cùm stipulatio in sola verborum conceptione consistat, eaque obligationem efficacem pariat, non quidem ratione subiectæ materię, sed in omnibus passim materijs ob verborum uim, atque pondus, maxima cum ratione inductum esse, vt sola illa obligatio, quæ ex stipulatione oritur, verborum obligatio appellaretur.

ARGVM.

SIT ne contractus proprium genus stipulationis, ita vt in ipsius diffinitione potius, quàm conceptio verborum debuerit assumi. Ac cùm sępe stipulatio appelletur contractus, vtrum nominatus, an verò innominatus contractus dici debeat.

1 Stipulationem non esse propriè contractum, frequentius receptum est.
2 Alia quidem ratione concedendum est stipulationem non esse propriè cõtractũ, at non ob rationem à Doct. adductam.
3 Duplex contractus significatio.
4 Nunquid lex municipalis de contractu loquens stipulationem complectatur.
5 Quantum momenti in ratione sit, quoties de statuti interpretatione agitur.
6 Quomodo accipiendum sit statutũ, quo prohibetur mulier contrahere sine cõsensu propinquorum.
7 Communis opinio est, stipulationem esse contractum nominatum.
8 Distinctione adhibita plenius explicatur quomodo stipulatio nominata dici possit.
9 Ad prædicamẽtũ facti refertur stipulatio.
10 Sit ne eo nomine reprehendendus Pomponius, quòd definierit stipulationem prout est in fieri.
11 Post cõtractum perfectum nihil remanet præter obligationem.

CAP. XXV.

EST tamen adhuc, quod quantum ad huius diffinitionis genus, dubitetur. Nam vel si maximè conceptio uerborum tanquam genus de stipulatione prædicetur, negari

negari tamen non poteſt, quin hoc genus nimis latum, atque remotum ſit, cum multæ ſint conceptiones uerborum, quæ nullum contractum, nullamq; obligationem conſtituunt. Quare uidetur potius debuiſſe Pomponius contractum ut proximum huiuſce diffinitionis genus apponere. Sed reſpondeo ideò illum poſuiſſe conceptionem uerborum, quia cùm nullum erat minus remotum, genus ipſius ſtipulationis, unde ſatis fuit illum ipſum, quod aſſumit, ita differentijs coanguſtare, ut tota poſtmodum diffinitio conuerteretur cum ſuo definito. Neque uerò contractum debuit aſſumere in hac contractus diffinitione, quoniam per genus proprium tradi debet diffinitio, at ſti-
1 pulatio non eſt propriè contractus, id quod etiam frequentius Doct. admittũt, Accurſ. in l. omnem. ff. de iudicijs in l. 1. in uerb contractus. C. de action. ab hæred. & contra hæred, & in l. contractus in gloſ. 1. C. de fide inſtrum. Bar. in l. ſi donationis. C. de eo quod met. cauſ. Alexan. in l. ſtipulationum alia in princ. inf. eod. & in l. 1. in ult. col. ff. de pact. ubi etiam Iaſon. in 2. col. in 5. not. nu. 8. Crotus hîc, alijq; nonnulli recentiores. Verùm ſicuti in hoc Doctoribus aſſentimur, quod ipſi quoque admittunt ſtipulationem non eſſe propriè contractum, ita in huius rei ratione diſſentimus. Nam putant ipſi, ideò ſti-
2 pulationem non eſſe propriè contractum, quòd illa non pariat ultrò, citròque obligationem, at nos ueram huius rei cauſam eſſe arbitramur, quia ſtipulatio nullum cõtinet συνάλλαγμα, ut plenè ſupra oſtendimus cap. 6. ubi traditam à Labeone, Vlpianoq́, contractus diffinitionem explicuimus. Neque uerò obſtat huic noſtræ, ut nec cõmuni ſententię, quòd ſtipulatio interdum appelletur contractus, aut inter cæteros contractus numeretur, vt in l. 3. §. idem ſcribit. ff. de pecul. in l. certis. §. quoniam ff. de reb. credit. in l. non ſolùm & l. quęcunque ſup. tit. proxi. in l. ſi donationis. C. quod met. cauſa. Nam
3 alia ſignificatione minus propria tunc ſumi contractum demonſtrauimus, nimirũ quatenus uſus inualuit, vt quilibet actus, ex quo contrahitur, atque adſtringitur obligatio, contractus appellaretur, arg. §. penul. & ult. Inſt. de obligat. Ac ſanè contrahi ſtipulationem, & uerborum obligationem, ſępe dicitur, ut Inſt. eod. in princ. & Inſt. de obligat. §. ult. & in rubr. C. de contrah. & cõmittend. ſtipul. Propterea non puto ego negari poſ-
4 ſe, quin lex municipalis de contractu loquens, ipſam quoque ſtipulationem complectatur, contra quàm frequentiùs ſentiunt noſtri interpretes, nempe Bart. in l. Labeo §. contractum. ff. de uerb. ſig ubi etiam Iaſon. & Alciat. qui aduertit hanc eſſe communẽ opinionem. Io. Imolenſ. & Alex. in l. 5. in princ. inf. eod. Socinus hoc in loco, Ang. Are. Inſt. de oblig. quæ ex q. contra. Atqui certè ubi hoc ad praxim redegerimus, uidebimus (quantum ad legum municipalium interpretationem) parui referre, utrum ſtipula-
5 tio ſit propriè, uel impropriè contractus. Etenim cùm ratio ſemper ante omnia attendatur, quæ uel expreſſa ſit, uel unica poſsit aſsignari, atque ex ipſius rationis quaſi præſcripto ſemper ſtatuta ipſa uel ampliari, uel coanguſtari debeant, ut docet Bart. in l. 1. in fin. ff. de iuſt. & iu. Iaſon. in l. 1. in 2. col. in 5. notabili. ff. de pact. Alciat. in d. §. Labeo. & probatur in l. libertum. §. Senatuſconſulti. ff. de ritu nupt. Idcircò quoties propoſito caſui non conueniet ratio ſtatuti de contractu loquentis, nunquam is comprehendetur, uel ſi proprius admodum contractus initus eſſe proponatur. Quod ſi contra ratio ſtatui conueniret, ſemper ad eum caſum deberet ſtatutum ipſum extendi, licet de eo actu quæſtio eſſet, qui non niſi maximè impropriè contractus dici poſſet. Primum illud docet nos Bald. in l. neque C. de contrah. empt. ex qua lege ipſe ibi col-
6 ligit ſtatutum, quo prohibetur minor, uel mulier contrahere ſine conſenſu propinquorum

rum ita accipiendum esse, ut non complectatur contractus, qui ipsi mulieri, uel minori utiles tantum, & non damnosi esse possunt, inspecta nimirum ratione statuti, licet nemini obscurum sit, eos tàm propriè contractus esse, quàm qui maximè, ac Baldo hac in re adstipulatur Iason in l. qui iurasse in 1. col. in 2. not. ff. de iureiur. Cōtra etiam quod diximus propter rationem statuti de contractu loquentis illos quoque actus contineri, qui non nisi impropriè admodum contractus dici possunt, eiusdem huiusce statuti exemplo demonstratur, quod dum prohibet mulierem, uel minorem contrahere, sine consensu propinquorum, in eo contractum liberationis complectitur, & alium quemcunque siue distractum, siue quasi contractū, vt hæreditatis aditionem, dummodo inde minori, uel mulieri præiudicij aliquid inferri possit, ut rectè sentit Bar. in l. apud Iulianū. §. si pupillus. ff. ex quib. caus. in possess. eatur. Atque huc spectant multa, quæ tradit Iason in l. siue apud acta. in 2. col. C. de transact. & in l. si unus. §. pactus ne peteret nu. 25. ff. de pac. Sed cùm stipulatio (quemadmodū uidimus) posit aliquo modo dici contractus, dicetur ne contractus nominatus, an innominatus? Bart. in l. 2. in fin. ff. de condict. ob caus. Item Castrens. Alex. & Iason in l. 1. §. ult. ff. de pact. ex illa lege colligunt stipulationem esse contractum nominatum, quod ipsum & cæteri frequentiori calculo recipiunt, probantq; insuper hanc sententiam eo potissimum argumento; Quia ex contractu innominato non oritur actio ante implementum l. naturalis. ff. de præscrip. uerb. l. ex placito. C. de rer. permut. Sed ex stipulatione oritur actio ante implementum, nimirum cùm illa super contractu innominato apponitur, d. l. ex placito. Non ergo contractus innominatus erit stipulatio, sed nominatus. Rectè concluderet hęc argumentatio, si expressim legibus tradita reperiretur illa propositio. Ex nullo contractu innominato oriri actionem ante implementum. Sed leges, quę ad hoc probandum allegantur, non de quocunque contractu innominato id negant, sed restrictè loquuntur, imò neque contractus innominati appellatione utuntur. Vrget me magis Vlpiani testimonium in d. l. 1. §. ult. qui dicit conuentionum plerasque in aliud nomen transire, ueluti in emptionem, in locationem, in pignus, in stipulationem, sicque inter conuentiones nominatas stipulationem quoque connumerat. Attamen non idcircò mi hi prorsus arridet communis sententia. Sed puto ego hanc quęstionem ea distinctione decidendam esse, ut dicamus stipulationem esse quidem nominatam, sed non habere nomen contractus. Qui uerè contractus nominati sunt, ex ipso negotio nomē assumūt, ut depositum, commodatum, & similes, ac non propterea actionem pariunt, quia nomen per se posit actionem inducere, sed quia desumitur (ut dixi) nomen ex negotio, quod cùm nihil aliud sit, quàm συνάλλαγμα, semper obligationem efficacem, & consequenter actionem producit. Hoc modo uidetur contractus nominatos accepisse Vlp. in l. iurisgentium in princ. ff. de pact. quo loci non considerat, quomodo cōuentiones transeant in aliud nomen simpliciter, id quod facit in d. l. 1. §. conuentionis, sed considerat quomodo transeant in proprium nomen contractus, ita ut ex tali nomine contractus ob implicitum negotium rectè arguatur competere actionem, de qua initio illius legis agere instituit. Atque ob id maxima cum ratione Vlp. ibi non connumerat stipulationem, quemadmodum fecerat in d. §. conuentionis, ubi non de nomine contractus, sed de nomine simpliciter egerat. Quandoquidem stipulatio nullum certum, ac determinatum continet genus negotij. Sed cōsistit in forma uerborum, quę omnibus negotijs, omnibusq; conuentionibus, seu contractubus tàm nominatis, quàm innomina-

tis

tis accommodatur. Verùm quia ab hac ipsa forma, quæ sicut contractibus negotium, ita ipsi stipulationi robur, ac firmitatem præbet, nomen sortitur stipulatio (non secus ac contractus à negotio, à quo sumunt efficaciam, etiam nomen sortiuntur) hac de causa rectè dicitur nominata, quanuis nòn eum in modum quo contractus nominari dicuntur. Neque enim quia contractus nomen non habeat stipulatio, à negotio scilicet desumptum, debet idcircò nudis conuentionibus comparari, quæ non modò nullum continent συνάλλαγμα, sed neq; robur, atq; efficaciam habent, neq; aliud planè quicquam, ex quo nomen desumere potuerint. Atque hæc ita cursim quasi prætereuntes hac de re nos dixisse sat erit, quæ quia ad pleniorem stipulationis cognitionem spectabant, non prorsus omittenda fuerunt. Iam uerò ex iis, quę de genere huius diffinitionis supra diximus, liquidò constare potest, sit ne stipulatio ad prædicamentum facti, an potiùs ad prædicamentum iuris referenda.
9 Neque enim iam dubitandum est, quin stipulatio facti sit, & non iuris, cùm de illa conceptionem uerborum, tanquam genus prædicari fuerit demonstratum. Atq; hinc optimè diluitur illud obiectum, quod contra hanc diffinitionem hîc affert Iacob. Mandellus nu.150.& à multis perdurum iudicatur.
10 Animaduertit ipse Pomponium in eo quod stipulationem statuit esse conceptionem, definire ipsam, prout est in fieri (sic enim ipse inquit) momentaneo. Id uerò perabsurdum esse iudicat, cùm substantia ipsa, quam diffinitione explicari debere nemo non fatetur, non uideatur in rebus consistere eo tantùm temporis momento consideratis, dum fiunt, sed posteaquam factę sunt. Idq; ex diffinitione feudi, tutelæ, atq; obligationis demonstrare conatur. At nos negamus hanc absurditatem. Nec proposita exempla quicq̃ ad rem pertinent, cùm & feudum, & tutela, & obligatio, & alia ab ipso enumerata iuris, & non facti sint. At stipulationis substantia in facto planè tota consistit, nempè in illo actu interrogandi, ac legitimè respondendi, ex quo mox constituitur obligatio, ut docet Iulian. in l.1.§.si seruus cõmunis.in fin.ff.de stipul. seruor. At factum quidem illud interrogandi, ac respondendi, momento finitur, obligatio uerò iam consti-
11 tuta permanet. Idemq; & de contractibus omnibus affirmari potest. Quod ipsum nobis non obscurè insinuat Diocletia. in l. sicut initio.C.de act. & obligat. ubi initio tantùm considerat contractum, dùm constituitur obligatio, posteà uerò sentit non nisi constitutam obligationem considerari posse. Sicut initio (inquit) libera fuit pote- ‹‹
stas habendi, uel non habendi contractus, ita renunciare semel constitutæ obliga- ‹‹
tioni aduersario consentiente nemo potest.

ARGVM.

PErmagni referre, quod in genere huius diffinitionis explicando conclusum est, stipulationem esse facti, & quomodo illud accipiendum sit, quod dicit Vlp. in l. si unus. §. pactus ne peteret. ff. de pact. in stipulationibus ius contineri, in pactis uerò factum uersari.

1 Num fidem faciant testes, qui de stipulatione deponunt.
2 Duplici rõne intelligimus aliquid eẽ iuris.
3 Debẽt testes ea tantum testificari, quæ sensu corporeo perceperunt.
4 Non ius, sed magis factum testatur; qui deponit factam fuisse stipulationem.
5 Potest interrogari testis, quid sit stipulatio, item quid sit mutuũ, atq; eiuscemodi interrogatoria admitti debent.
6 L.5.§. conuentionales inf. eo. corruptè à nonnullis legitur.

CAP. XXVI.

EX hoc porrò,quod stipulationē facti esse conclusum est,rectè colligi potest,probare dictum eius, qui factā fuisse stipulationem testetur,cùm is non super iure,sed super facto deposuisse existimandus sit. Non me latet contrariū,& ob contrariā planè rationē sentire Bar. in l.1.C.de usur. & in l. sciendum inf.eod. Dicit enim de stipulatione deponētē, quòd super iure censeat deposuisse,propterea nullam fidē facere. Sed 1 considerādū est, quātū ad id quod quærimus in præsentia, dupliciter accipi posse quod dicimus aliquid esse iuris. Vno modo,cum ad prædicamentū iuris quid refertur, ut hæ- 2 reditas,& obligatio. Alio modo,cùm uel si referaī ad prædicamentū facti, tamen iuris nomen habet, seu iuris autoritate munitur, ut stipulatio,mutuū,& similia. Primo modo compertissimū est attestantem ea, quæ sunt iuris, non probare. Neque enim fidem faceret,qui me obligatū esse,aut alicuius hçredē esse testificareī,cū ijs de rebus nō debeat deponere, quæ in iuris intellectu consistūt, sed tātū illa, quæ sensu corporeo percipi pos- 3 sunt,ut quod fuerit facta solutio,uel id genus alia.l.qui testamento.§.ult.ff. de testam.l. testiū.C.de testib. At cùm secundo modo hūc terminū sumimus,dubitari solet,ne nō testis deponēs super iis,quæ iuris sunt, fidē faciat,ut cū uel mutuū,uel stipulationē factā esse atteslaī. Nam si testificareī præstitisse aliquem frumentū oleū,uel pecuniā ea adiecta lege, ut sibi tantundem redderetur , uel unum interrogasse, & alterum respondisse, tum quidem nudum factum proferret , & id quod ipse sensibus percepisset. Verùm cùm dicit factum est mutuum , uel facta est stipulatio, uidetur non tantum factum testari , uerumetiam iuris autoritatem, quæ illi facto præstita est. Et id cau-

sæ est cur crediderit Bart. in ll. paulò ante adductis de stipulatione deponentem non probare. Ego tamen contrarium sentio, idq; satis ex eo probari puto, quod iam demonstrauimus, stipulationis uocabulo significari illud factum interrogandi, & respondendi. Quod cum ita sit, qui testatur factam fuisse stipulationem, nihil testari
4 existimandus est, quod non corporis sensibus perceperit, quod uerò non communibus uerbis factum hoc expresserit, sed iuris ciuilis uocabulo usus sit, hoc non tanti momenti est, ut propterea tota attestationis fides infirmari debeat, cum uerbum hoc stipulatio, atque eiusmodi alia ita iam sint uulgata, ut uel imperitissimo cuipiam cognita sint. Quod si testis fortè aliquis tàm stolidus, atque ignauus proponeretur, ut hæc quoque ignorare existimari posset, putarem illum posse interro-
5 gari, quid sit stipulatio, atque hoc interrogatorium omnino admitti debere, ut de mutuo sentit Bart. in l. 1. in 3. col. nu. 9. ff. si cert. petat. Ac sanè uidetur mihi Bart. in hoc maximè deceptus, qui quod de mutuo concedit, id putarit de stipulatione negandum, quam tamen hac ipsa in re nihil à mutuo differre, ex ijs quæ diximus, perspectissimum esse potest. Satis certè hactenus hæc clara & aperta sunt: uerùm contra illud assumptum, ex quo prędicta fermè omnia pendent, nempe stipulationem esse facti, duæ adhuc leges obstare creduntur, quarum utranque inter alia multa, quanuis leuissima obiecta huic Pomponij diffinitioni nouissimi quidam obii-
6 ciunt. Creditur primò obstare, quod idem Pompon. tradit in ead. l. 5. §. conuentionales, ex uerborum obligatione oriri stipulationem. Neque enim rectè unquam dicetur id esse facti, quod ex ipsa uerborum obligatione proficiscatur. Prætereà uidentur aduersari uerba Pauli in l. si unus. § pactus ne peteret. ff. de pact. cùm dicit in stipulationibus ius contineri, in pactis uerò factum uersari. Quod attinet ad primum obiectum, affert Iacob. Mandellus hîc nu. 131. duas responsiones, quæ si uerba Pomponij ita sese haberent, ut ipse legit, mihi certè haudquaq; satisfacerent. Sed nobis hac in re non est elaborandum, siquidem totam hanc perplexitatem attulit corruptus codex, in quo legebatur; ex uerborum obligatione; At pandectę Pisanæ, communesq; itidem Codices habent; ob uerborum obligationem. Ita enim inquit Pompon. de conuentionalibus stipulationibus loquens. Nam & ob ipsam "
uerborum obligationem fiunt, & pendent ex negotio contracto. Quorum uer- "
borum sensus is est, ideo conuentionales stipulationes negotijs contrahendis adhiberi, ut negotia ipsa uerborum obligatione constringant. Parum etiam obstat alterum obiectum desumptum ex §. pactus ne peteret. Nam licet uelimus nos stipulationem esse facti, non tamen negamus, quod dicit ibi Vlp. nempè in stipulationibus ius contineri. At uerò, quia ad cognitionem stipulationum, de quibus agere nunc nobis propositum est, maximè pertinet explicatio illius differentiæ, quam ibi statuit Vlp. inter pacta, & stipulationes, dum ait: in stipulationibus ius contineri, in pactis uerò factum uersari, ne hoc quidem ipsum penitus silentio prætereundum est.
7 Nemo fermè ex nostris est, qui non propriam aliquam ad hæc uerba afferat expositionem. Quatuor expositiones affert ibi Accurs. Tres insuper alias addit Bart. Rursus alias Ias. Fortun. Garzia, cæterique recentiores ibidem. Imò non tantùm in ea lege, sed alibi etiam uarijs in locis Doctores uariè hæc uerba interpretantur, ut Zasius, & Corrasius in suis intellectibus. Petrus Loriotus in tractatu de iure. Alciat. lib. 1. parad. cap. ult. Voconius à Vocuna declar. 20. Francisc. Duarenus in

Vlpiani uerbis congruit hæc expositio, quia cùm dicatur, in stipulationibus ius contineri, in pactis uerò factum uersari, illa aduersatiua demonstrat, eodem sensu accipi duo illa uerba uersari, & contineri, alioquin non rectè pactis in eo quod agitur stipulationes opponeret. Verùm & uersari, & contineri in stipulationibus multò conuenientiùs dicitur id quod fuimus stipulati, quàm iuris autoritas, quæ ipsis stipulationibus robur, atq; efficaciam præbet. Præterea intelligit Connanus, Vlpianum ibi loqui de acceptilatione
12 sed hoc esse falsum satis ostendunt illa uerba, si hoc actum est, quæ statim subijciuntur. Nimis enim alienum fuisset, acceptilationi adijcere illam conditionem, ut ita demũ tolleret præcedentem stipulationem, si hoc actum esset, siquidem in acceptilatione nihil aliud unquam agitur. Quocircà licet ab acceptilatione non planè alienum sit, quod ibi disponitur, (ut posteà dicam) non puto tamen dubitandum esse, quin ibi de nouatione
13 agatur; etenim per nouationem ita demum tollitur præcedens obligatio, si hoc actum est. Ideoque uidebimus hęc uerba solere ubique fermè usurpari, cùm de nouatione, agitur, ut in l. duo societatem. ff. pro socio. l. 2. l. si ita fuero. l: si Stichum. §. 1. & 2. l. aliam & passim ff. de nouation. Quibus rationibus adducor, ut alium putẽ fuisse sensum Vlp. quàm Connanus existimauerit. Propius uidetur (si modo reliqua cohærerent,) horũ
14 uerborum significationem attigisse Guigl. de Cun. cuius expositionem refert Bar. in d. §. pactus ne peteret col. 2. nu. 6. Existimat ipse permagni referre, sit ne factum pactum de petendo, uel non petendo, an uerò pactum resolutorium, per quod prior obligatio remittatur. Cuiusmodi est illud, libero te, uel profiteor te non teneri, de quo in l. tale pactum. ff. de pact. Primo casu dicit ipso iure non tolli priorem obligationem, quia non continet hoc pactum ius liberationis, sed in eo factum tantummodò uersatur, illud nimirum, ut petendi actus impediatur, atque ita putat procedere, quod dicit Vlp. in §. pactus ne peteret. Posteriore casu credit ipso iure tolli naturalem obligationem, quasi ius liberationis in eiusmodi pacto resolutorio contineatur, & ita accipiendum esse quod tradit Papinian. in l. Stichum. §. naturalis. ff. de solut. naturalem obligationem ipso iure tolli, ex quo uinculum, quo solo sustinebatur, cõuentionis ęquitate dissoluitur. Probat uerò hanc differentiam arg. l. si pro fundo. C. de transact. quæ tamen lex longè aliò spectat. In hac expositione illud primò mihi falsum esse uidetur, quod ipse arbitratur, ita demum pacto tolli naturalem obligationem, si illud uerbis resolutorijs (ut ipse appellat) conceptum fuerit. Neque enim natura has tàm subtiles uerborum differentias seru
15 tatur. Vnde quocunque modo pręstetur consensus, habet ille semper æquitatem, eam uerò ad prioris æquitatis uinculum dissoluendum satis esse statuit Papinian. in d. §. naturalis, cuius uerba si accuratè perpendamus, uidebimus illa nullo modo hanc tantam restrictionem admittere. Ac nobiscum hac in re sentit Bar. quãuis non rectè hoc quod sentit, probari existimet ex eadem l. si unus. §. sed si stipulatus. Secundo illud quoque falsũ, quod Guigl. credit, pacto resolutorio tolli ipso iure prius pactum. Aduersatur enim uerbis Vlp. in d. §. pactus ne peteret. qui quamuis initio illius. §. loquatur de pacto de petendo, tamen postea generalem rationem reddit, ac non dicit in eiusmodi pactis, sed in pactis absolutè factum uersari; quæ consideratio (sat scio) illos omnes mouebit, qui sibi ipsis mentiri noluerint. Postremò animaduerto, hac inspecta expositione, nullam fore differentiam inter pacta, & stipulationes, cum utroque ex prædictis modis tàm stipulationes, quàm pacta fieri possint. Quare alienum fecisset Vlp. qui rationem redditurus, cur prius pactum per posterius non tollatur, hanc considerasset differentiam inter pa-

cta, &

cta, & stipulationes, quam potius inter unum, & alterum genus pactorum considerare debuisset. Quod ne fateri cogamur, fatendum potiùs est, præcipuum aliquid habere stipulationes, quod faciat, vt in ijs potiùs, quàm in pactis ius contineri existimetur. Ego tãdem missis aliorum sententijs, plurimi referre censeo, quomodo pactũ consideremus, vt intelligantur quomodo per contrarium pactum tolli possit. Cõsiderandum est enim 16 in eodem ipso pacto reperiri & quod naturæ, & quod iuri ciuili tribuere possimus. Inest ipsi primò naturalis obligatio, quę solo æquitatis uinculo continetur. Non dubiũ est, quin hanc sibi sola natura uendicet. Videmus præterea ex pacto dari exceptionem, ea uerò non natura consistit, sed ex iuris Prętorij liberalitate profecta est, ut aliàs nos docuimus. Cum ergo quæris, num pactum, seu quomodo pactum posteriori aliquo pacto tol 17 latur, uidendum est, solam ne naturalem obligationem spectes, an uerò exceptionem iure Prætorio introductam. Hęc enim cùm inter se diuersa sint, atq; ex diuersis fontibus profluant, non semper eodem planè modo perimuntur, ut iam propediem demonstrabimus. Quod si de naturali obligatiõe loquamur, minimè dubitari posse existimo, quin illa ex posteriori pacto, (quod modò apertum utriusq; partis contineat consensum) illico tollatur, quacunque tandem ratione pactum illud fuerit conceptum, apertiùs enim 18 hac de re loquitur, quàm ut cauillis, ac nugis uerum ipsius sensum inuertere possimus. Atqui certè quanuis non profitear te non teneri, sed promittam petere, uel non petere, id tamen semper in animo habeo, ut à priori conuentione recedam. Quoniam porrò hanc intentionem potiùs, quàm uerborum differentias, atque momenta natura animaduertit, idcirco natura æquum non est, ut prioris conuentionis aduersus te uires intendam. Vnde fit, ut prioris æquitatis uinculum, quò solo nitebatur naturalis obligatio (ut rectè dicit Papinian.) hac posteriori æquitate dissoluatur. Iam uerò si de exceptione loquamur, ac quæramus quomodo, quantum ad exceptionẽ, posteriori pacto prius tollatur, hæc quæstio penitus est à superiori sciuncta. Lex enim quæ naturali ratione adducta ex aliqua conuentione exceptionem iam concessit, uel etiam actionem (namq; 19 ipsam quoque actionem ob solam naturalem æquitatem concedi aliàs à nobis demonstratum fuit) non id sibi faciendum existimauit, ut quocũque modo dissolueretur hæc naturalis æquitas, tum statim actionem, aut exceptionem ipso iure denegaret. Verùm quod in præstanda actione, uel exceptione, idem etiam in ea tollenda, seu denegãda seruauit. In præstanda illa tutius esse existimauit, non tàm æquitatem spectare, quę plerunque obscura esse potest, quam quibus factis, & rebus ipsa ęquitas inducatur, uel adimatur. Itaque sæpe fit, ut licet naturalis æquitas planè desit, ueluti si contractus dolo initus sit, uel stipulatio sine causa facta sit, iuxta l. 2. §. circa. ff. de doli excep. tamen lex, quia uidet facta illa ijs casibus interuenire, quæ solet ut plurimùm æquitas concomitari, hac sola de causa actionẽ concedit. Idipsum uerò (quicquid est) quod hanc impediat æquitatem, uult ab aduersario opponi, atque à iudice diligenter expendi. Qua ratione ex pacto nudo etiam dolo inito dabitur exceptio, quamuis replicatione doli post modò infirmari possit. Contra igitur & in actione, itemque exceptione tollenda non minus cautè, ac prouidè legum nostrarum conditores egerunt. Neque enim tàm considerarũt an sublata fuerit naturalis obligatio, quàm factum illud, & modum spectarunt, quo sublata illa fuisse proponitur. Vnde quoties uolumus intelligere, utrũ posteriore pacto prioris uires ipso iure tollantur, uidendum est, utrum posterius pactum directè illi facto aduersetur, ex quo orta erat obligatio, an uerò alia aliqua ratione obliquè, atque indire-

ctè naturalem obligationem diſſoluat.Primo caſu una cum obligatione naturali perit,
20 etiam actio,uel exceptio,habemusq; hac in re notiſsima exempla illarum omnium con
uentionũ,quę ex ſolo conſenſu pariunt actionem;In ijs enim ſolum pactum conuentũ
ex aduerſo factum ipſam actionem tollit (ut inquit Vlp.in d.§.pactus ne peteret in 2. re
ſponſ.) Siquidem directò ſeſe opponit illi conſenſui,prȩter quem nihil aliud erat, quod
obligationem priſtinam,& conſequenter actionem (iuxta id quod aliàs docuimus) ſu-
ſtentaret. Nec dicatur,priorem conſenſum eſſe formalem,ſecundum uerò materialem,
nam prędictis non aduerſari hanc diſtinctionem,ſatis ex ijs conſtare poteſt, quæ ad ip-
21 ſius explicationem alibi tradidimus.Itaque ſi priori conuentione non actio, ſed exce-
ptio detur,non uidetur mihi dubitandum eſſe,quin tunc multò magis ipſo iure, ac ſine
ope replicationis ipſa exceptio tollatur.Vt ſi pacto mihi aliquid promiſeris, competit
mihi ex hoc pacto exceptio contra te ex alio contractu agentem;ſed ſi poſteriori pacto
à priori receſſum ſit,nulla mihi dabitur contra te exceptio, atque idcircò nec replica-
tione ulla opus erit,continetur enim hoc pactu m non in primo,ſed in ſecundo reſpon-
ſo huius.§.ubi cùm dicat Vlp.hoc pactum eiuſmodi eſſe,ut poſſit ipſo iure tollere actio
nem,nulla unquam conſentanea ratio affereṛur,cur non multò magis exceptionem tol
22 lere poſsit. Facit porrò eadem hæc cauſa,ut pacto tollatur actio iniuriarum, uerè enim
in poſterum non poteſt iniuria conſiderari,quam quis pacto declarauerit ſe non am-
plius ad animum reuocare arg.§.ult.Inſt.de iniur.Vnde ſicut initio uolenti non fit in-
iuria,ita ſubſequens illa rectę uoluntatis,ac beneuoli animi declaratio omnem iniuriæ
conſiderationem tollit,quę ſola illius actionis erat fundamentum. Poſteriori uerò ca-
ſu,nempe cùm pactum nõ directò aduerſatur illi facto,ex quo potiſsimùm orta eſt obli
gatio,non patitur lex prioris conuentionis uires ipſo iure perimi,id enim maximè ſem-
per uidemus fuiſſe ſeruatum,ne aliter effectus obligationis tolleretur,quàm quo modo
primùm obligatio ipſa fuiſſet inducta arg.§.quo genere.Inſt.quibus modis obli. tollit.
23 Verùm quia fieri poteſt,ut pactum ſubſequẽs,ſi minus directè priſtino obligationis fun
damento ſeſe opponat,at ſaltem indirectè ratione aliqua prioris ęquitatis uinculũ diſ-
ſoluat,vt ſi conueniam de non petendo eo, quod mihi ob adminiſtratam tutelam,uel
alio modo debebas,propterea rectiſsimè conſtitutum eſt,poſſe illud opponi in modũ,
uel exceptionis,uel replicationis;ut ſi planum facere poſsit qui pactum opponit, ex eo
ipſo præcedentis conuentionis æquitatem ſublatam eſſe,tum quæ ipſius contemplatio
ne daretur actio, nullum effectum ſortiatur.Iam uerò,quia permulti erant contractus,
24 quib.nullo poteramus adhibito pacto,ita penitus aduerſari,ut ipſo iure actio tolleretur
ſicut depoſitum,commodatum,pignus,ac denique illi omnes,qui alio modo,quàm cõ
ſenſu perficiebantur,qua ex re ſequebatur illud incommodum,ut qui alio modo, quã
conſenſu eſſet obligatus,nulla ratione poſſet etiam uolente aduerſario ipſo iure libera-
ri. Ne hoc ſequeretur,duo remedia introducta ſunt,nimirum acceptilatio, & nouatio,
qui ſunt legitimi modi priſtinæ obligationis tollendæ.Nam ſi ita uolo liberari à præce
denti obligatione,ut tamen alio modo ſim obligatus,poſſum uti nouatione, quæ ita
demum inducitur,ſi hoc actum eſt,ſi uerò ita uelim à præcedenti obligatione liberari,
ut nullo planè alio liberationis,uinculo ſim aſtrictus, poſſum uti acceptilatione, quæ
quanuis non niſi obligationes tollat,quę uerbis contractæ ſunt, tamen facit Aquiliana
ſtipulatio,ut acceptilationis utilitas latiſsimè pateat,& ad omnes omninò obligationes
extendatur,ut notiſsimum eſt.Et quia ſemper in acceptilatione id agitur, ut præcedens
ſtipu-

stipulatio tollatur, uerum erit stipulationem tolli per stipulationem, quoties id actum
est, idque tàm acceptilationis, quàm nouationis contemplatione poterit affirmari. Ve-
rumq; etiam erit in stipulationibus (de illis loquimur, quibus à priori obligatione rece-
ditur) ius contineri; Cõtinent enim illud, ut prioris obligationis uis, & effectus dissol-
uatur, neque ex ea causa amplius debitum sit. At in pacto nudo longè secus res sese ha-
bet, nam nisi eiusmodi sit, quod obligationibus solo consensu contractis aduersetur, ut
considerat Vlp. in d. §. uersi. sed si tale. non est legitimus modus tollendæ obligationis, 25
alioquin neque acceptilationem, neque Aquilianam stipulationem excogitare fuisset
necesse. Itaque quoties uolumus pacto recedere à præcedenti obligatione, quoniam in
eiusmodi pacto non potest ius contineri, ut uis, & effectus ipsius obligationis tollatur,
nihil aliud nobis restat, nisi ut de facto ipso conueniamus, scilicet de petendo, uel non
petendo, sicq; fit, ut in eiusmodi pactis, quæ ad tollendam præcedentem conuentionẽ
adhibentur, semper factum uersetur. quod si talibus uerbis pactum cõcipiatur, quæ ius
potiùs, quàm factum contineant, cuiusmodi sunt illa, libero te, uel profiteor te non te- 26
neri, tunc magis sensus, & intentio, quàm uerba inspiciuntur, ut probè explicat Accur-
sius in l. tale pactum, ff. de pac. arg. l. iurisgentium, §. pactorum. illo ti. de pac. & l. si pa-
ctum. ff. de proba. Ideoque hæc uerba resoluuntur in factum, ac perinde accipiuntur, ac
si de non petendo fuisset conuentum, cum alioquin nihil operarẽtur. Neque enim pos
sunt liberationem inducere, quia pactum, ut diximus, non est legitimus modus tollen-
dæ obligationis. Rursus neque ut confessio ualerent, quia cõfessio extra ius, ac sine cau 27
sa facta nihil præiudicat l. cùm de indebito, §. ult. ff. de probat. Cætera omnia satis clara,
& aperta esse uidentur; uerùm hìc poterat dubium satis probabile exoriri, atque idipsũ
est, quod explicat Vlp. in d. l. si unus, in primo resp. Etenim non posse pactum nu-
dum ipso iure tollere conuentionem ad agendum efficacem, est sanè rationi maximè
consentaneum, ut ex ijs præsertim constat, quæ hucusque tradita sunt. At uidebatur sal 28
tem debere tollere ipso iure aliud pactum, ut si pactus ne peteret, posteà conuenit, ut
peteret, ea ratione maximè, quia non debet pactum minus roboris habere, ad tollendũ
pactum, quàm stipulatio ad stipulationem alteram tollendam; Attamen uidemus stipu-
lationem per alteram stipulationem ipso iure tolli, nõ tantùm acceptilatione, sed etiam
nouatione, si id modò agatur, nam si stipulatio tantùm de non petendo fiat, non uide-
tur esse actum. Cõtrarium tamen respondet Vlp. ea ratione, quia in pactis (loquitur de
ijs, quę ad tollendam præcedentem aliquam conuentionem adhibentur) factum uersa
tur, petere, uel non petere, ac non de eo agitur, ut debitum non sit, quod præcedenti cõ
uentione continetur, siquidẽ hoc esset ius continere, quod in stipulationibus tantùm
admittitur, nempe in acceptilationibus, & nouationibus, qui sunt legitimi modi tollen
dæ obligationis. At, dices, si supra concessum est, pactum quod consensu solo contine- 29
batur, sicut etiam emptio locatio, & alij contractus, qui solo consensu perficiuntur, pos-
se tolli posteriore pacto, cur non & duo pacta contraria, quæ sequuntur post cõtractũ,
alio modo, quàm consensu celebratum (nam in his terminis Vlp. loquitur) non sic po-
terunt sese inuicem perimere? Respondeo hanc esse rationẽ, quia quando præcessit tã
tùm pactum, uel contractus solo consensu celebratus, & altero pacto uolumus ab hac
obligatione recedere, poterimus in posterius pactum ius deducere, hoc est id agere, ne
quod debitum erat, amplius debitum sit, cum eodem tunc consensu tollatur prior con
uentio, quo inducta erat. Quodipsum forsan dici poterit, etiamsi de non petendo con
uentum

uentum ſit, poſſumus (inquam) dicere his uerbis non tantùm naturalem obligationem diſſolui (quemadmodum ſupra concluſimus) uerùm etiam actionem tolli, quaſi id actũ ſit, ne obligationis effectus ſolueretur. Siquidem huic interpretationi natura conuentionis non aduerſatur. Quanquam certè hac de re non immeritò dubitari poſſet, ſed hoc in præſentia nihil ad nôs attinet. At cùm præcedit conuentio alio modo quàm conſenſu celebrata, neceſſe eſt omnia pacta, quę ipſius occaſione fiunt, licet contraria inter ſe ſint, ſemper ad factum referri. Nam primum pactum, quod ad conuentionem illam oppugnandam immediatè adhibetur, propter diformitatem non poteſt id[1] continere, ut ius, & debitum tollatur. Itaque neceſſariò erit pactum de non petendo; quod quidem pactum de non petendo licet propter æquitatem naturalem petitioni impedimento ſit, tamen nullam conſiderabilem continebit obligationem, cùm non ad nouam obligationem inducendam, ſed ad priorem ſi minus diſſoluendam, at ſaltem impediendam fuerit adhibitum. Quapropter cùm nullum præcedenti pacto inſit debitum uel ſaltem non eiuſmodi, ut ſequens pactum ſcilicet de petendo, poſſit uideri ad debitum illud diſſoluendum fuiſſe adhibitum, ſequitur uerisſimam eſſe Vlp. interpretationem, qui uult etiam in ſequenti pacto factum contineri. Iam uerò, cùm ob prędictam rationem ſtet utrunque pactum, neque prius per poſterius ipſo iure ſublatum ſit, & tamen ea contraria inter ſe ſint, ita ut ambo ſimul effectum ſortiri non poſſint, conuenienter admodum, & appoſitè dixit Vlp. prius per poſterius elidi; nam cùm res in diſceptationem uenit, ab altero alterum quaſi uim patitur. Elidi uerò dicitur, quod quaſi conflictu, & concurſu corporum atteritur.

ARGVM.

IN eo quod Pompon. dixit, QVIBVS, cùm potuiſſet dicere, Quorum ſcriptura, uel alia ſimili loquendi formula uti, uoluiſſe ipſum à ſtipulatione ſcripturam excludere. Atque hinc decidi quæſtionem illã latè à noſtris diſputatam; Vtrum ſtipulatio inter præſentes per epiſtolam fieri poſſit.

1 Rectè nè uerborum appellatio ad ſcripturam referatur.
2 Leges quæ à uerbis ſcripturam diſiungunt.
3 Maximè hæc inter ſe diſtant, quòd ſcriptura quid probetur, & quòd ſcriptura inducatur.
4 Non debet ſcriptura minus inter abſentes, quàm inter præſentes operari.
5 Non ſemper tactus corporis in acquirenda poſſeſſione eſt neceſſarius.
6 Circuitus uitandi gratia unus interdum actus occultatur.
7 Si partes conuenerint, ut abſq; loquela fiat ſtipulatio, num quicquàm proſit ea conuentio.
8 L. non figura. ſup. tit. prox. non rectè contra communem ſententiam inducitur.
9 Eiuſdem legis accuratior explicatio, & nu me. ſeq.
10 Quæ ſint conuentiones, in quibus non minus ualet ſcriptura, quàm uoces lingua figuratæ.
11 De quibus conuẽtionibus loquatur Paulus in l. non figura, & quomodo hoc neceſſariò demonſtretur.
12 Num temporibus Pauli, & aliorum iuriſconſultorum literarum obligatio extiterit.
13 Si quod ſcriptura aliqua contineatur interroganti promittatur, ualet ſtipulatio.
14 Satis eſt poſſe ex cõiecturis apparere quale, & quantum illud ſit, quod in ſtipulatum deducitur.
15 Sunt caſus, in quibus maioris certitudinis gratia ſcriptura omninò neceſſaria eſt.
16 Permiſſum cenſetur, quod expreſſim prohibitum non eſt.

X CAP.

CAP. XXVII.

STipulatio est uerborum conceptio quibus &c. Quoniam minimè dubitamus, quin singula uerba in hac diffinitione summa cum ratione fuerint apposita, primis duobus iam explicatis, pergemus deinceps ad reliqua. Postq̃ dixit Pompon. stipulationem esse uerborum conceptionem, subijcit uerbum QVIBVS, ut ostendat ipsis omninò uerbis, neque alio planè modo interrogari, ac responderi debere. Itaque satis ex hoc intelligimus, ab hac diffinitione stipulationis uoluisse iurisconsultum scripturam excludere, dicit enim, quibus, non quorum scriptura. Non nego quidem, quin sicut hominem pictum sæpè hominem dicimus, 1 sic literę, quòd uerborum imaginem nobis quandam ostendant, atque eodem significandorum animi sensuum munere fungantur, possint aliquo modo uerba appellari, ueluti cùm dicimus uerba constitutionis, uerba epistolæ, ut in l. solent, in fin. ff. de offic. præsid. At cùm simpliciter uerba dicimus, ueramq;, & propriam huius uocis significationem inspicimus, de ijs solis uerbis intelligendum censemus, quæ uoce proferuntur; Idque non tantùm ea ratione, quia constet uerba à uerberatu dicta fuisse, quòd aere per linguam intra palatum uerberato promantur, (namque hoc per se solum, non ita prorsus nos moueret) sed quia iurisconsulti sæpè in eodem orationis contextu & uerborum, & scripturæ distinctam mentionem faciunt, atque hanc ab illis disiungunt. Eccè enim Vlp. in l. 1. §. iussum.ff. 2 quod iussu, dicit nihil referre, siue uerbis, siue per epistolam pater, uel dominus iusserit. Et Caius in l. consensu, sup. tit. prox. dicit neque uerborum, neque scripturæ ullam proprietatem desiderari in ijs conuentionibus, quæ consensu fiunt. Paulus quoque in l. non figura, eod. illo tit. orationem, quam exprimunt literæ ab ipsis literis distinguit, sicut etiam Iustin. in §. ult. inst. de obligat. obligationes uerborum distinguit ab ijs obligationibus, quæ literis contrahuntur. Ex quibus omnibus legib. declaratur quisnam huius diffinitionis sensus sit. Ac multò etiam magis ijs legibus, in quibus expressim cauetur, hæc quæ Pomponius simpliciter uerba appellat, esse uoce proferenda, nec posse fieri stipulationem nisi utroque loquente, ita ut contrahentes sese inuicem exaudiant, nempè ut qui stipulatur uerba audiat promittentis, & qui promittit uerba stipulantis, ac propterea neque surdum, neque mutum posse stipulari. l. 1. in princ. & §. vlt. in l. 1. §. penult. sup. tit. prox. & in §. mutum, inst. de inutil. stipulat. Hinc porrò constanter affirmamus uerissimam esse Baldi, atque Aretini sententiam, qui in l. 1. inf. eod. negant possę epistola etiam inter præsentes contrahi stipulationem, ueluti si pręsentes fortè duo uicissim sibi epistolas tradant, quarum in una interrogatio, in altera responsio contineatur. Quanuis enim scriptura probetur facta stipulatio. §. item uerborum. inst. 3 eod. idq; non modò si de stipulatione, sed etiam si de promissione tantùm illa mentionem faciat, legitima scilicet præsumptionis suffragio accedente. l. 1. C. eod. §. si scriptum. inst. de inutil. stip. & arg. l. Publia. ff. depos. tamen aliud est scriptura probari stipulationem iam factam, aliud est scriptura stipulationem posse fieri, nam & scriptura instrumenti probatur testamentum nuncupatiuum, non tamen ea perficitur. Quæ sententia Baldi, & Aretini à cæteris quoque communi consensu recepta est: pleniusque hac de re agunt Ias. Alciat. & Ripa, & alij recentiores

tiores in d. l. 1. in princ. Sed non uidetur mihi hæc quæstio tantum disputationis apparatum promeruisse. Neque enim ulla unquam sat firma ratio poterit afferri, cur ubi de scriptura agatur, cuius usus in absentium utilitatem inuentus est, utpotè pręsentibus minimè necessarius, concedendum id fuerit pręsentibus, quod ab-
4 sentibus negatum esse perspicuè uidemus. Multa quidem hac in re cõminiscitur hìc Iacob. Mandellus nu.58. dum conaт̃ ostendere pręsentibus potius, quàm absentibus esse concedendũ,ut hoc modo stipulationẽ contrahere possint. Verùm ea cũ cauillis plena sunt, tùm longè admodũ petita. Nemo enim nõ uidet, quàm alienũ inter cætera illud
5 sit,ut quia corporis tactus in acquirẽda possessione minus interdũ necessarius sit.l.1.§.si iusserim.ff.de acquir. possess. l.pecunia.ff. de solut.propterea etiã uerborũ solẽnitatẽ in stipulatione omitti posse dicamus. Nam cùm possessio naturalis sit,nõ eã à legibus formã assumpsit, quæ ab ipsius acquisitione oculorũ intuitũ excludat, imò uerò hunc idoneũ esse acquirendæ possessionis modũ iurisconsulti interpretaт̃,nõ quidẽ fictũ (quem admodũ Doct. existimant) sed uerum,ut alias à nobis demonstratũ est. At uerba stipulationis materia sunt, quà sublata consistere stipulatio nullo modo potest. Nec minus etiã alienũ est argumentari ab ijs legibus, in quibus uidemus uitãdi circuitus gratia unũ
6 aliquẽ actũ occultari.l.licet.§.1.ff.de iure dot.in l.3.§.ult.ff.de donat. inter uir. & uxor: & l.singularia.ff.si cer.petat. cùm neq; ibi ex illa occultatione materia actus perimatur, quẽadmodũ hìc, neq; hìc uiteт̃ circuitus, quẽadmodũ ibi; imò enim maior circuitus induceret, ut ipsemet Mandellus fateт̃, cũ hisce rationibus posteà respondet. Quod si etiã
7 partes ita conuenisse proponantur,ut absq; loquela, ullaq; uocũ emissione fieret stipulatio,ut proponit Do.Mar.inf.in l.1.nu.12.eandẽ nihilominus sententiã retinebimus. Stultum est enim existimare, posse partiũ conuẽtione stipulationis substantiã mutari, quod & Bart.docet in l.de his.ff.de transact. & Imol.in l.quicquid adstringendæ.inf.eod. Sic uidebimus cętera quoq; omnia argumẽta leuissima esse, quæ à nostris in hanc quęstionẽ cõgerunт̃. Vnũ tamen est,quod non planè contẽnendum uideaт̃,desumptũ ex l.nõ figura.sup.tit.prox. quæ lex non tàm huic nostræ,cõmuniq; omniũ sententię aduersaт̃,
8 quàm in se etiã perplexitatis habet nonnihil. Non figura literarũ (inquit ibi Paulus)sed " oratione,quam exprimunt literæ,obligamur, quatenus placuit non minùs ualere,quod " scriptura, quàm quod uocibus lingua figuratis significaretur. Quibus uerbis uidetur " illa duo exæquare, quod scriptura obligemur, & quod uocibus lingua figuratis. Quin uerò expressim dicit, non minus ualere scripturam, quàm uerba, cum in scriptura non characteres, ac figura literarum, sed oratio, quam illi characteres exprimunt,attẽdatur. Quocircà uidetur hinc posse colligi non minus scriptura, quàm uocibus lingua figuratis fieri stipulationem, tùm quia etiam scriptura, ut dicit Paulus, orationem,& uerba cõtinet, tùm etiam quia facit illa tàm generalis, atque absolutè tradita exęquatio,ut quod alibi dicitur, stipulationem debere uerbis fieri ad scripturam quoque uideatur extendi posse. arg.l.1. §. lex falcidia.ff.ad legem falcid.l.Marcellus.ff.ad Trebell.& l.si quis seruo alieno persuaserit.C.de furt. Nos illud ante omnia ut compertissimum ponimus,non posse illius legis sensum esse, qui primo aspectu esse uidetur,nempe,ut tantundem prorsus, atque absolutè etiam quoad stipulationem scriptura præstet, quantum uerba. Namque hoc modo non possemus negare, quin hęc lex penitus aduersaretur alijs legibus superius adductis, quæ loquelam, atque exauditionem requirunt ab utraque parte; unde & mutum,& surdum à stipulatione excludunt. Cùm sæpè contingat eius-

modi homines posse scribere.l.discretis.C.qui test.facere possunt.Et licet nō desint,qui ita disputando sibi placent, ut uel ad hoc ipsum respondere non dubitent, tamen quæ ab ipsis afferuntur responsiones,sunt eiusmodi, ut nobis illas confutare non sit necesse. Quocirca hoc retento uideamus,num uerba Pauli ueriorem aliquam sententiam admittant. Ego missis aliorum explicationibus, quæ apud ipsos autores uideri poterunt, legem illam ita omnino censeo intelligendam esse. Reuocandum in memoriam est, 9
quod plenissimè supra ostendimus, conuentionum omnium illam potissimum diuisionem esse, quam indicat nobis Vlp. in l.1.§. conuentionis.ff.de pact. nempè alias re,alias uerbis fieri, uerbis hoc est alio quocunque modo, quàm rei traditione. Nam cùm à rei traditione discesseris, nullum aliud est frequentius, aut aptius declarandę uoluntatis, atque consensus instrumentum, quàm uerba. Quæ uerò uerbis fiunt,eas diximus aliam rursus distinctionem admittere. Aliæ enim sunt, quas non tantùm per se habere æquitatis iudicatum est, ut absque alia forma à lege ipsis præstita, ad agendum essent idoneæ, & hæ non aliter dicuntur legitimè contractę,neque aliter efficacem obligationem induunt, nisi uocibus lingua figuratis contrahantur, hoc est nisi stipulationis forma adhibeatur: Eiusmodi uerò conuentiones non sunt nominatæ,neque in certas ullas species distinctæ, ac non nisi stipulationis ope ad agendum efficaces sunt. Alię uerò sunt, quas tanquam firmiores, frequentiores,ac mutuis hominum cōmercijs magis accōmodatas, 10
præcipuo quodam iure per se ipsas leges receperunt. Atq; in ijs placuit non ullam exigi solemnitatem uerborum, sed solum spectari consensum quacunque ratione expressum, nec quicq̃ referre, utrum uocibus lingua figuratis, an scriptura iste consensus significaretur, cum non minus hoc, quàm illo modo obligaremur. Quapropter sępè à iuriscon sultis admonemur, posse eiusmodi conuentiones,in quibus solus consensus attenditur, etiam scriptura,seu per epistolam fieri, ut in l. 2. §. ideo. supra tit. prox. & in l.1.ff.mandati, in l.1. in fin.ff de contrahen.empt. Nam dum receptum est solo consensu illas perfici, eo ipso nihil aliud est inductum, nisi ut non solum uerbis, sed etiam scriptura fieri possint, quandoquidem utroque modo rectissimè consensus significaretur. De his conuentionibus, loquitur Paul. in d.l. non figura (id enim necessario concedendum esse paulò post demonstrabo) ac ne quis posset existimare quatenus hoc placuerat, ut non minus quàm scriptura ualerent uoces lingua figuratę (placuerat uerò hoc,ut dixi,in his tantùm conuentionibus, in quibus receptum erat, attendi consensum quocunque modo expressum.l.1.§.permutationum.cum simil. ff. de rer.permut.) ne quis,inquam, posset existimare,uim obligationis in figura literarum esse positam,tollit hunc errorem Paul. aitq; non figura & characteribus literarum tunc nos obligari, sed oratione quam exprimunt literæ, sicq; consensu,& uoluntate : nam & consensum, & uoluntatem significat oratio. Sensit ergo Paulus ad obligationem ualere quod his quasi instrumentis significatur,cùm dicit placuisse non minus ualere,quod scriptura,quàm quod uocibus lingua figuratis significaretur. Quod uerò hisce instrumētis significatur, nihil aliud est, quàm consensus,quem siue literis,siue uerbis significemus nihil refert, quantum ad eas obligationes,de quibus ibi Paul. loquitur, nam de omnibus illum non loqui dictio illa,quatenus,optimè ostendit,quæ ui sua continet relatiuū,eatenus,quicquid contra Accursius cōminiscat̄. Probabilē esse hanc interpretationē hucusque uidimus,atq; illi uer 11
ba mirificè conuenire, nunc uerò & penitus necessariā illā esse, hac enumeratione ostendi potest. Nō loqui ibi Paulū de obligatione re cōtracta,ipsius uerba perspicuè ostendunt,

dũt, neq; hoc ullus unquã ausus est in dubium reuocare. Rursus non posse illum loqui de uerborum obligatione multis legibus supra demõstrauimus, nec sanè uerisimile est, legem quæ tanti momenti decisionem, quantum ad uerborum obligationem, contineret, sub alio potiùs, quàm sub tit. de uerb. obligationibus, fore collocatã. Postremò nec potest ita intelligi Paul. ut de literarum obligatione loquatur, quemadmodum pleriq;
12 sensere. Nam si de illa scripturæ, seu nominum obligatione intelligimus, quæ antiquissimis temporibus fiebat, & ante tempora Iustiniani in usu esse desijt, credibile non est de illa uoluisse Iustinianum suis legibus quicquam cauere, quę iam penitus ab usu recessisset, ut ipsemet testatur Inst. de liter. obliga. in primis uerbis. Si uerò de illa intelligimus de qua loquitur Iustin. in illo ipso tit. de liter. obliga. satis iam superiùs à nobis demonstratum est, illam nihil aliud esse, quàm mutuum præsumptum, neq; à Iurisconsultis fuisse cognitam, tanquam modum à cęteris obligandi modis distinctum; ac proptereà Caium in l. 1. in princ. supra tit. prox. cui obligationum species enumerare propositum est, cæteras omnes accurratè fuisse complexum, solam uerò literarum obligationem prorsus silentio præterijsse. Restat ergo ut Paul. in l. nõ figura, de ijs obligationibus locutus sit, quæ solo consensu contrahuntur. Atque ijs porrò uidimus uerba illius legis usqueadeò conuenire, ut si eum, quem supra diximus esse Iurisconsulti sensum, uellemus nos exprimere, non aptioribus, imò nec propemodum apertioribus uerbis uti possemus. Hac lege in hunc modum explicata, ex qua alioquin uidebatur colligi posse, scriptura rectè fieri stipulationem, iam nihil planè aliud obstat, quo minus communem sententiã, & negatiuam amplectamur. Cui tamen non putarẽ locum esse, si ita stipulatio facta proponeretur, ut unus alterum his uerbis interrogasset, promittis ne mihi quod hac scriptu
13 ra continetur? & alter respondisset, promitto. Neque enim dubitarem hoc casu, quin stipulatio utilis esset, siquidem adest hìc quod priori casu deerat, nimirum uerbis expressis facta interrogatio, & responsio, ita ut qui stipulatur promittentem, ac qui promittit stipulantem exaudire posit, id quod exigitur ad stipulationem; Quod uerò uerbis exprimatur, quod in stipulatum deducitur, id neq; exigit Pompon. in hac diffinitione, neq;
14 alibi à nostrarum legum autoribus cautum reperio. Quin potius si ex coniecturis aliquibus apparere posit, quale, & quantum illud sit, quod per stipulationem promissum fuit, id uolunt haberi pro expresso, ut disertè tradit Marcellus in l. triticum. inf. eod. quam ad hoc pariter Alciat. adducit. Itaque non uideo, cur non posit id exprimi scriptura, quæ non modò stipulationem nulla ex parte incertam reddit, sed maiorem cau-
15 tionem, & certitudinem afferre solet. Qua ratione uidemus illam in multis casibus necessario requiri, quos enumerat Accurs. in l. contrahitur. ff. de pign. ac plenius glos. in c. 1. §. postquam. de censib. in 6. Hìc porrò quasi interpretationis instar habet scriptura, quam interpretationem si quantum ad interrogationem, & responsionem, ubi uerborum exigitur solennitas, ueteres iurisconsulti non grauatè recipiunt, ut Vlp. in l. 1. in fin. inf. eod. multò certè magis hìc illam admitterent, ubi non modò nullam requirunt uerborum expresionem, sed quod actum est, pro expresso haberi uolunt. Concludamus ergo posse hoc modo fieri stipulationem, cum neque lex, neque ratio ulla sit, quæ pos-
16 sit id uideri prohibitum, arg. l. nec non. §. quod eis. ff. ex quib. caus. maior. Legum insuper nonnullarum argumento hoc ipsum confirmant recentiores, nempe l. asse toto. ff. de hæred. inst. l. institutio. ff. de condit. instit. iuncto §. ante hæredis. Inst. de leg. & & l. proximè §. penult. ff. de his quæ in testam. del. quæ sanè leges huic sententiæ non parum suffragãtur, sed longè magis stringũt (ut mihi uidetur) quæ proximè tradita fuerũt.

ARG.

ARGVM.

NVnquid quod colligebatur ex hac dictione QVIBVS. nimirum uerbis ipsis immediatè fieri debere stipulationem, rectè à nostris coangustetur, ut locum non habeat in stipulatione ficta, & ubi utilis tantùm actio competit. Item rectè ne illi tùm fictiones, tùm actiones, utiles acceperint.

CAP. XXVIII.

AT non admittunt nostri interpretes perpètuum esse hoc pronunciatum, quod diximus colligi ex hac dictione QVIBVS, traditurq; etiam expressim in l.1.inf. eod. cum alijs supra adductis, nimirum uerbis ipsis omninò stipulationem fieri debere. Putant enim hoc non procedere, quantum ad fictam stipulationem, in qua uerba nulla interueniunt, & tamen ex ea nobis actio competit, atque id multarum legũ exemplis, demonstrant, nempe l. non enim aliter. in fin. cum l. sequẽti, ff. de adop. l. unic. 1
C. de rei uxor. act. l. cùm ostendimus §. ult. ff. de fideiuss. tut. l. si finita. §. eleganter. ff. de dam. infect. quas allegat Bar. inf. in l. 1. in princ. in 1. oppos. Aliasque etiam ibidem ad hoc adducunt Ripa, Alciat. Crotus, Galiaula, & cæteri recentiores, ut apud ipsos uideri poterit. Quoniam uerò quæ ipsi hac in re docent, nobis planè falsa esse uidentur, & cũ in hac materia stipulationem, tùm etiam in alijs multis errores maximos inducere posse, nonnulla breuiter hìc duximus adnotanda, in quibus nos à cæteris dissentimus. Primùm in eo dissentimus quod Bart. multoq; etiam expresśius Socinus, Iason, & alij dicunt, non esse perpetuum illud pronunciatum toties à Iurisconsultis usurpatum, in stipulationibus uerba esse necessaria, sed ex eo restringi, quod in ficta stipulatione uerba nõ interuenire perspicuum sit. Siquidem nos negamus uspiam fingi stipulationem, quin simul fingantur uerba fuisse adhibita, idque magis rationi cõsentaneum est; Cum enim substantiam stipulationis uerba perficiant, maxima cum ratione semper negari pòterit, fingi

fingi ſtipulationem ſine uerbis,donec nobis contrarium oſtendatur, imò nec Bartolũ, Socinum,aut alios puto hoc negaturos.Quod ſi hoc conceſſerint,cõcedant illud quoque neceſſe eſt,ſine uerbis nunquam eſſe ſtipulationem. Inerũt ergo uerba ſtipulationi, ſed eodem modo inerunt,quo ipſa inducta proponetur;ſi ficta erit ſtipulatio, fictè quoque ipſi uerbà inerunt,ſi uerè ſtipulatio fiet,uerè etiam uerba erunt adhibenda, ſi nec uera,nec ficta erit ſtipulatio,ſed ipſius tantùm legitima aliqua ſuberit præſumptio, eadẽ præſumptione uerba pariter continebuntur.Itaque quod generatim tot in legibus traditum eſt,uerbis fieri ſtipulationem,nulla planè ratione reſtringi debere exiſtimamus. Leuem tamẽ hunc errorem eſſe fatemur,& qui facilè condonari poſsit. At longè maioris illud momenti eſt, quod in hac tota diſputatione ipſi cùm de fictione, tùm de utili actione ita loquuntur,ut cum ueteribus Iuriſconſultis non ſatis conueniant. Quod attinet ad fictionem,quoniam ipſius materiã pleniſsimè tractauimus in l. ſi is qui pro emptore.ff.de uſuſcap.ea tantùm hìc dicemus,quæ ad prædictarũ legum, quas de ficta ſtipulatione loqui Doctores interpretãtur,explicationẽ pertinebunt.Animaduertendũ igitur eſt,ſolere noſtros interpretes non tantùm hìc, ſed & alibi ſæpiſſimè quàmplurimas
3 fictiones inani opinione ſibi cõfingere,quas noſtrarũ legũ autores ne quidem unquam ſomniarunt.Etenim quoties uident in aliqua ſpecie legem decernere, ut perinde ſit,ac ſi hoc,uel illud factum eſſet,illicò fictionem induci uolunt,fingi enim illud ipſum autumant,quod ſimilitudinis potiùs cuiuſdam ratione nobis lex proponit. Qua ex re fit, ut multis ſemetipſos nodis inuoluant, è quibus ſeſe poſtmodum nullo modo explicare queunt.Exemplis porrò clarior hæc res fiet.Seruus à pluribus uulneratus perijt,neque apparet cuius ictu perierit;Conſultus hac de re Vlp. reſpondit omnes teneri lege Aquilia, quaſi omnes occiderint, l.item Mela, §.ſed ſi plures.ff. ad l. Aquil. Credunt noſtri eius legis ſenſum eſſe,ut ſeruus fingatur ab omnibus occiſus. Quæ res poſtmodũ
4 longam ipſis altercandi materiam præbet,quomodo unus,& idem poſſit fingi à pluribus occiſus,cùm fictio nihil contineat impoſsibile.§.minorem inſt.de adopt. ac ſæpius eundem hominem mori natura impoſſibile ſit.Sed falſum eſt,quod ipſi ut compertiſsimum ſtatuunt,fingi ſeruum à pluribus occiſum,quamuis omnes,qui uulnerarunt,perinde puniantur,ac ſi omnes occidiſſent.Id uerò ita eſſe,uideor mihi neceſſario argumento demonſtrare poſſe. Video illarum legum ferè omnium ex quibus noſtri has fictiones eliciunt,autores eſſe Iuriſconſultos.At certè hæc fingendi facultas ſolis legumlatoribus,ac nemini præterea data eſt,l.ſi fortè.ff.de peculio;itaque non potuerunt Iuriſconſulti eiuſmodi fictiones inducere.Stultũ eſt.n.exiſtimare(id quod Bar.& alij exiſtimãt in
5 l.Gallus.in princ.ff.de lib.& poſthum.ubi latiùs hac de re aliquando diximus) habuiſſe antiquos Iuriſconſultos legis condendæ facultatem;Cùm minimè obſcurum ſit,eos tã quam nudos interpretes inter ſe altercari conſueuiſſe,ac modò huius, modò illius præualuiſſe ſententiam,prout uel hæc,uel illa magis recipiebatur,tanquam rationi, ac legibus magis cõſentanea,ut in l.3.§.Neratius.ff.de lib.& poſth.& in d.l.Gallus.§.ille caſus. in fin.cum multis ſimil.ff.de lib.& poſthu.Id quod profectò non fuiſſet neceſſarium, ſi ſententiæ Iuriſconſultorium illicò uim legis obtinuiſſent.Nec ſanè leue ad hanc rem argumentum eſt,quod uidemus Prętorem,cùm negat ſe pacta ſeruaturum, quæ legibus aduerſentur, accuratè legum ſpecies enumeraſſe, de reſponſis tamen prudentum mẽtionem nullam habuiſſe. l.iuriſgentiũ.§.Prætor ait.ff.de pactis. Ita uerò demum pro le-
6 gibus,prudentum reſponſa ſeruabantur, ſi imperiali autoritate erant approbata,ut Papiniani,

piniani,Pauli,Cai,Vlpiani,atque Modestini scripta approbauit Theodosius in suo Codice l.1.de responsis prudent.At hoc certè frustra fecisset,si per se etiam alioquin prædictorum Iurisconsultorum commentaria legis autoritatem fuissent habitura.Hæc pauca placuit hìc annectere,ut intelligeremus leges Iurisconsultorum non ita accipiendas esse,ut quoties in proposita aliqua facti specie idem respondent,ac si hoc,uel illud factum esset,uel perinde seruari uolunt,ac si illud factum esset, uel denique factum esse aliquid uideri autumant,his,atque alijs eiusmodi uerbis uoluerint fictionem inducere,Imo nec prius à lege inductam semper significare,sed in eo sæpissimè quandam rationis similitudinem considerasse. Veluti cum Papin.in l.ex testamento.ff.de testam. tutel. respondet eum,qui in testamento patris pupillo se tutorem scripsit,patris uoluntate accedente hoc ipsum manu sua declarantis,excusationem amittere, posteà huius rei rationem afferens.Quoniam uidetur (inquit) promisisse. Ego nihil minus eum cogitasse puto, quàm ut fictam stipulationem significaret,ut malè nostri interpretantur, ac præsertim Ripa inf.in l.1.nu.24.Sed uoluit proculdubio Iurisc. ijs uerbis ostendere,esse hanc speciem illi persimilem,cùm tutor se tutelam administraturum promisit, atque eàdem hìc, quæ ibi rationem subesse,cum nihilo magis assentiat,qui promittit,quàm qui testamento se tutorem subscribit.Qua ratione id quod in promissione iuris erat, potuit ipse uel ut nudus interpres ad hanc quoque speciem extendere.Verùm quia negari non potest, quin sæpè etiam de fictionibus iurisconsulti loquantur,uidēdum est,quo pacto eas quæ uerè fictiones sunt,possimus ab alijs speciebus dignoscere, in quibus diximus quandā 7
potius rationis similitudinem ipsos considerasse.Nos fictionem esse putamus, cùm facti ueritas ita mutatur,atque ita falsum pro uero assumitur,ut ex hac mutatione diuersa iuris dispositio sequatur,quod certè non nisi legis autoritate fieri potest; A qua diffi- 8
nitione nec Bart.cæteriq; interpretes abhorrēt,in l.si is qui pro emptore.ff.de usuc. quā uis postmodum in applicatione nobiscum non consentiant. Nam cùm duo facta eandem rationem habent,ac proptereà idem quod in uno fuerat dispositum,in altero respondetur, (quod & nudi interpretes facere possunt) sæpè nostri Doct. unum pro altero assumi,sicq, mutationem fieri putant,ut optimè ostendūt exempla superius à nobis adducta, in quibus ipsi subesse fictionem arbitrantur.In fictionibus illis quæ dicuntur 9
translatiuæ (ut de ijs primò loquamur) nos uerè hanc mutationem fieri concedimus, ideoq; uerè,ac propriè eas fictiones esse. Eccè enim si post liberos ex muliere soluta susceptos cum ipsa contraxero matrimonium,inspecta primi facti ueritate filij deberent esse illegitimi,sed quia lex facti ueritatem immutat,& matrimonium,quod filiorum natiuitatem subsequutum est,perinde habet,ac si præcessisset,ex hac mutatione illicò sequitur filios legitimos uideri l.cum quis.C.de natur.liber.§.ult.Inst.de nupt. Hìc uidemus non eandem in utraque specie rationem inesse,cùm scilicet subsequutum est matrimonium filiorum natiuitatem,& cùm illam præcessit,ita ut absque ope fictionis possimus in utraque idem respondere. Quare legis autoritate opus fuit, quæ facti mutationem induceret,ac pro uno alterum factum assumeret.Idem uidemus in postliminio,& in fictione legis Corneliæ. Refert enim plurimùm,utrum in ciuitate quis anteacto tempore fuerit,an apud hostes.Item fueritne mortuus prima hora captiuitatis,an posteà; quare non potuisset idem utroque casu responderi,nisi lex mutasset factum,ac pro uero falsum assumpsisset.Proptereà meritò istæ fictiones appellantur,ut in l.1.C.de capt. in §. si ab hostibus. Inst. quibus mo. ius patr. pot. soluit. Ac breuiter idem reperiemus in ijs

speciebus

ſpeciebus omnibus,in quibus cenſetur factum retrò fuiſſe,quod poſtea factum fuit, uide
mus enim eas eiuſmodi eſſe,ut ſine hac legis mutatione idem utroque caſu reſponderi
debuerit. Eſt porrò interdum,cum lex in aliquem ius transferat, dummodo ipſe intra
certum tempus uoluntatem ſuam declaret,non tamen referat utrum citius, an ſeriùs
hæc declaratio adhibeatur,cum ſequuta intra illud tempus quandocunque animi de-
claratione,ſemper animo intelligamus illud ius uel initio ad eum pertinuiſſe,ut de acqui
10 ſitione rei legatæ tradit Iulian.in l.ſi tibi homo §.cum ſeruus ff. de leg. 1. Hanc quoque
Doct.fictionem translatiuam eſſe dicũt, quod ego nunquam conceſſero, cùm nullam
facti mutationem uideam interuenire,neque enim neceſſe eſt fingi retrofactam agnitio
nem,quæ poſteà facta fuit; quia non illud erat ipſi tempus præſtitutũ, ut illo potius,quã
hoc tẽpore agnoſci legatum oportuerit. Nec dicatur ſi minus factum,at ſaltẽ ius muta-
ri,ac fingi dominium fuiſſe legatarij,quod uerè non fuit,nam neque hìc ius mutatur.ne
que unquam reperiemus ex ſolius iuris mutatione fictionem induci.Sed cùm lex ius,&
dominium legati tribuat legatario,dummodò non repudiet,ante animi ſui declaratio-
nem nobis incerta res eſt,cùm primum uerò declarauit,ſe uelle repudiare,iam percipi-
mus,penitusq; animo intelligimus,ſtatim poſt aditam hæreditatẽ (ut uerior eſt opinio)
rei legatæ dominium legatarij fuiſſe,quæ res,cùm iuris ſit, nullius fictionis adminiculo
eget. Verùm apud noſtros Doct. nõ tantum ualuit hæc ratio,(quæ certe unumquemq;
maximè mouere debuerat) quantũ illud,quod ſibi in animũ ipſi induxerant, atq; ubiq;
obſtinatè retinent,eo uerbo, intelligitur,quo Põpo.utitur in d.§.cũ ſeruus, itẽ alijs om-
nibus ſimilibus uerbis fictionẽ ſignificari.Hæc hactenus de ijs fictionibus,quas transla-
11 tiuas appellant.Quod attinet ad alias,quæ uel inductiuæ,uel priuatiuæ appellantur, pu-
to inter eas oẽs uix paucas reperiri,quæ uerè fictiones dici poſſint. Nam ſi accuratè illas
conſideremus , uidebimus in ijs pro uero nihil falſum aſſumi, ſed potius duo facta ob
rationis ſimilitudinẽ ita comparari,ut perinde in uno reſpondeatur,quaſi alterũ interue
niſſet,ut in d.l.Itẽ Mela.§.ſi plures.ff.ad l.Aquil.in l.ex ſententia.ff.de teſtam.tut.uel pe-
rinde ac ſi hoc,uel illud factum eſſet,ut in l.cũ qui.§.1.ff.de iniu.§. interdum inſt. de re-
rũ diuiſ.§.item uobis,inſt.per quas perſ.nob.acquir.l.3.§.item ſciendũ ff. ſi cui plus quã
per l Falc.l.ſi deferentem.ff.quib.mod.pig. uel hypoth.ſoluit. qua in re non tã legis au-
12 toritas,quã accurata prudentis interpretatio exigitur.Nõ nego tamẽ, quin poſsint eiuſ-
modi uerba uſurpari ẽt cùm de fictione agitur,ut cùm dicimus,lege Cornelia teſtamẽta
eorũ,qui in hoſtiũ poteſtate deceſſerunt,perinde cõfirmari,ac ſi in hoſtiũ poteſtatẽ non
perueniſſent.l.lege Corn.ff.de teſta.uel cũ dicimus reuerſo ab hoſtib.eodẽ bello quo ca
ptus erat,perinde omnia reſtitui iura,ac ſi captus ab hoſtib.non eſſet,ſed ſatis nobis eſt,
neq; ex hac neq; ex alijs eiuſmodi dictionibus fictionẽ argui poſſe, quanuis & hanc &
alias poſſe ad fictionẽ referri nõ inficiemur.Hæc igitur de fictionibus tã inductiuis,quã
priuatiuis eſt noſtra ſentẽtia,ut fictiones eiuſmodi tã multas, quas noſtri paſsim enume
rãt,nõ uerè fictiones eſſe exiſtimemus.Sunt tamẽ ſpecies nõnullæ,in quibus fictiones eſ-
ſe,uel inductiuas, uel priuatiuas nõ grauatè cõceſſerimus, cũ in ijs factorũ muta iones
fieri nonnullas,ac pro uero falſum aſſumi uideamus.Toties uerò hoc fieri animaduerti-
mus,quoties diſpoſitio nõ unũ aliquẽ,ſed plures effectus cõplectitur, qui planè oẽs ab
13 uno facto pẽdeãt.Nã ſi uelit ibi lex hoſce effectus oẽs ĩducere,ubi factũ illud nõ fuerit,ne
ſigillatim de ſingulis decernere neceſſe ſit,ſatis erit fingere factũ fuiſſe, quod uerè factũ
nõ fuit,atq; ex hac una falſi pro uero aſſumptione effectus illi oẽs protinus ſubſequẽtur.

Y Etenim

Etenim sic uidemus ex ea facti mutatione,quod qui in utero sunt,ubi de illorum com-
modo agitur,intelligantur esse in rerum natura,alia multa proficisci, quæ connumerat
" Iulian.in l.penul ff.de sta.homin. Qui in utero (inquit) sunt, in toto penè iure ciuili, in
" rerum natura esse intelliguntur. Nam & legitimæ hæreditates his restituuntur, et si mu-
" lier prægnans ab hostibus capta fuerit,id quod natũ erit postliminium habet; Item pa-
" tris,uel matris conditionem sequitur. Præterea si ancilla prægnans subrepta fuerit,quã-
" uis apud bonæ fidei emptorem pepererit,id quod natum erit tanquam furtiuũ usu nõ
capitur. His consequens est,ut libertus quoque, quandiu patroni filius nasci possit, eo
iure sit,quo sunt, qui patronos habent. Alia etiam nonnulla facta sunt,ex quorum mu-
tatione multi simul effectus uel inducuntur,uel tolluntur, ita ut mutatio illa possit uel
inductiua,uel priuatiua fictio appellari: ut quod uiuere existimetur, qui in bello mor-
tuus est.l.bello.ff.de excus.tut.& §.sed si in bello Inst.cod.tit. de excus. tut. contraque
mortuus censeatur,qui monasterium ingressus est l.Deo nobis.C.de epis.& cler. Has fa
cilius admisero posse dici fictiones,in quibus ex facti unius mutatione complures effe-
ctus generatim oriuntur. Id quod nunquam cõcessero,quoties lex de certa re aliqua lo-
quetur,ac certũ aliquẽ effectũ inducet, etiamsi perinde id statuat, ac si aliud aliquid fa-
ctum fuisset,seu uideri aliud factum esse dicat,idq; ob rationem satis iã superius à nobis
explicatam. Verumtamen & de illis,quas proximè cõmemorauimus,etiã si plures simul
effectus eæ cõplectãtur,maxima cũ ratione dubitari posse existimo,an uerè fictiones di
ci possint. Nam quod legitima hæreditas restituatur illi,qui in utero est, quodq; alia iti- 14
dem tribuantur, quæ numerantur in l. cum in utero.ff.de sta. homi.nullis hoc legibus
contrarium erat. Sicut illud rationi,& legibus prorsus aduersabatur,fuisse aliquem do-
minum,uel habuisse filios in potestate,qui eo ipso tẽpore seruus hostium extitisset. Quo
circa uerè hîc factum mutari oportuit,& uerũ pro falso assumi, nempe fuisse in ciuitate,
qui fuerit apud hostes. At non eandem cernimus fuisse necessitatem, cur debuerit fingi
natus,qui in utero est. Huc accedit,quod quę Iulian.recẽset in d.l.utero,ea se dicit ex iu-
re ciuili collegisse. Vnde intelligitur,nõ esse illos effectus,qui ex fictione ulla proueniãt,
sed credibile est prudentes (ex quorum sententijs ius ciuile constitui non ignoramus
l.2.§.his legibus,ff.de orig iur.) ita fuisse interpretatos,ratione scilicet,& naturali æqui-
tate adductos,ut quæ filijs iam natis lex concederent, ea filijs nondum natis denegare
noluisset. Quod ipsum & in alijs omnibus tùm inductiuarum, tùm priuatiuarum
(ut uulgò appellant) exemplis animaduerti poterit. Nam neque in l. Deo nobis. C. de
episc.& cler.neque in l. bello ff. de excus. tut. neque alijs ullis similibus legibus uideo
ueritatẽ illarũ ipsarũ legũ dispositioni ita aduersantem,ut eam fictione tolli oportuerit.
Quapropter non ab re forsan factum est, ut nostrarum autores eas potissimum, quæ
uulgo translatiuę dicuntur,fictiones appellauerint,l.1.C.de capt.& postlim.reuers. & §.
item si ab hostibus.inst.quib.mod.ius patr.pot. soluit. Hoc ultimum diximus proba- 15
biliter posse defendi, sed facit Iustin. constitutio in l. unic. C. de rei ux. act. de qua
posteà dicemus,ut saltem non prorsus generatim id affirmari possit. Iam uerò (ut ad
utiles actiones ueniamus, de quibus secundo loco dicere proposuimus) sicut nega-
mus uerè illas omnes fictiones esse,quas nostri interpretes arbitrantur, multo etiam mi
nus illud admittimus,quod putant fictam stipulationem, aliumue fictum actum esse 16
posse, ex quo utilis actio detur. Imò enim maximè hæc inter se distant; Siquidem
fictionem sola lex inducit, at utilis actio in Iurisconsultorum interpretatione

posita

posita est,illi enim utilem actionem dandam esse respondent,cum ex ęquo, & bono leges interpretantur,ac speciem aliquam fuisse pręterm issam animaduertunt, in qua fieri exactionem ęquum sit.Nam cum exploratissimum sit,potuisse olim iudicem ex causis, & personis æstimare,an actio danda esset l.ult.supra tit.prox.propterea in re dubia consulebantur prudentes,qui non ullam quidē fictionē inducebant(neque enim id poterāt ut dictum est,) sed æquitatis ponderibus eam facti speciem examinabant,indeq; æstimabant,an contra strictam iuris rationem dare actionem oporteret. Idq; etiam uidentur sentire Bar.& alij in l.si me, & Titium.ff.si cert. peta. cum dicunt non dari actionē da-
17 tiuam,nisi suadente æquitate.Habet hæc actio,quæ in hunc modum decernitur duo attributa,nam & utilis est,& in factum datur,ut docet Paul.inter alios in l. inter socerum. §.conuenit.ff.de pact.dot.Licet (inquit) directa actio nulla competat,utilis tamen in factum danda est.In factum dicitur,quia facto illi,seu negotio inest æquitas, cuius ratione actio datur.Dicitur utilis,quia eiusmodi actioni tunc locus est,cùm utilitas exigit, ut à stricta recedatur uerborū interpretatione,& quod legi deest, ex æquo,& bono suppleatur. Ita que Paulus in l.ut tantum.ff.de seru.corrupt.quod utilis actio competat de filio filiaue corruptis,nullam aliam rationem affert,nisi quia interest nostra liberorū nostrorum animum non corrumpi,sicq; utilitatem solam attendit.Multoq; etiam expressius docet hoc Pompon.in l.quia actionum.ff.de pręscrip.uerb.quæ certè lex nullū hac de re dubitandi locum relinquit.Quia actionum (inquit) non plenus numerus est,ideò plerumq; actiones in factum desiderātur.Sed & eas actiones,quæ legibus proditæ sunt, si lex iusta,ac necessaria sit,supplet prætor ī eo quod legi deest.Quod facit in lege Aquilia,reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliæ, idq; utilitas eius exigit. Hoc porrò,quod diximus,sicut alijs in omnibus,ita etiam in ijs speciebus sæpissimè cōtingit,in quibus solet stipulatio adhiberi,ut si illa fortè fuerit prætermissa, æquitas tamē
18 suadeat,atque utilitas exigat actionem dari. Quocirca utilem actionem dandam Iurisconsulti respondent,aut perinde aliquem teneri,ac si stipulatio fuisset interposita. Atq; ita omnino illas leges accipiendas esse censeo,quas nostri Doctores de ficta stipulatione loqui interpretantur,cum tamen nec Iurisconsulti illarum ferè omnium legū autores fingere potuerint,neq; id facere fuerit necesse; Siquidem alia ratione ubi usus exigebat opportunū remedium potuerint afferre,ut clarè à nobis iam demonstratum est,ac multò etiā clarius propediem intelligemus,dum sigillatim eas leges persequemur.

ARGVM.

QVæ generatim hucusq;,atq; in uniuersum tradita sunt, propius nunc explicantur, singulas eas leges percurrendo,in quibus nostri aut fictè aut certè sine uerbis induci stipulationem arbitrantur.

1 Quare in l.unic.C.de rei ux.act. fingatur stipulatio.
2 An Iustinianus in d.l. unic. de præsumptione quicquam cogitauerit.
3 Fictioni affinis, & proxima est præsumptio iuris,& de iure.
4 L.cum de in rem uerso.ff.de usuris.
5 Ne dicamus Bart.à se ipso dissidere, cogimur fateri,eum fictionis uocabulo abusum esse.
6 Cur in l. nō aliter ī fi.cū l.seq.ff. de adop. cōpetat actio utilis tantū,& nō directa.
7 Liberam personam esse tabellionē oportere Arcadius constituit.
8 Cur ante Arcadium tabellionis munus seruis potissimum demandaretur.

CAP. XXIX.

Quanquam ex ijs, quæ superiori capite docuimus, ueram illarum legum omnium explicationem elicere possimus, in quibus sine uerbis induci stipulationem doctores arbitrantur, satius tamen esse duximus, eas ipsas sigillatim percurrere, ita enim facilius intelligemus uerissima illa esse, quæ à nobis hucusque tradita sunt. Atque ut summatim omnia complectamur, generatim concludimus, ex illis omnibus legibus, quas ad hoc ipsum nostri interpretes latisśimè congesserunt, unam tantùm esse, in qua uerè possumus affirmare, fictam stipulationem adesse. Alteram in qua ob temporis diuturnitatem stipulatio præsumitur. In reliquis uerò omnibus de utili actione loqui Iurisconsultos, quam cum fictione nihil prorsus commune habere, iam demonstrauimus. Fictam stipulationem habemus in sola l. unica. C. de rei uxo. act. Conuenitque hoc maximè ijs, quæ supra diximus, fictionem à Iurisconsultis non posse induci, à legislatoribus posse, atque id tum maximè fieri, cum non unum aliquid, sed plura cogitat Legislator statuere, quę omnia ab uno aliquo facto pendeant, tunc enim commodissimum esse, ne singula ea persequi, atque accuratè statuere necesse sit, factum illud fictione inducere, uel mutare, ex quo illa omnia protinus proficiscantur. At huius legis autor, non Iurisconsultus aliquis est, sed Imp. Iustinianus, ille uerò ibi habuit in animo generatim, atque in uniuersum statuere, ut quę ipse ex rei uxoriæ actione transtulerat ad actionẽ ex stipulatu pro dote cõpetentem, haberent locum, etiamsi stipulatio non fuisset interposita. Quocirca nihil rectiùs facere potuit, quàm ut fingeret stipulationem, quæ omissa fuisset, re ipsa intelligi subsequutam. Postquam ergo Iustini. ius quod rei uxorię actioni inerat, tribuit actioni ex stipulatu, ita subijcit. Rei uxoriæ itaque actione sublata, sancimus omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi, siue scripta fuerit stipulatio, siue non, ut intelligatur re ipsa stipulatio esse subsequuta. Ecce vult dotes per ex stipulatu actionem exigi, etiam ubi stipulatio omissa est. Quocirca consentaneum fuit fingere stipulationem, ex qua eiuscemodi actio proficisceretur. Quod si satis habuisset eo nomine agi posse, nec uoluisset omnino dari actionem ex stipulatu, cui iam rei uxoriæ actionis robur omne donauerat, certè eo potuisset esse contentus, quod à Theodosio fuerat iam antea constitutum in l. ad exactionem. C. de dotis promiss. Itaque non dubito quin fictio illa potius sit, quam præsumptio, quicquid dixerit Ripa inf. in l. 1. nu. 14. Quanuis enim quoties dubitatur, utrum fuerit, uel nõ fuerit adhibita stipulatio, posśit esse locus pręsumptioni, tamen nihil necesse est præsumptionem illam attendere, cùm utroque modo uoluerit Iustinianus eosdem effectus esse. Quod uerò hac in re ipse utatur uerbo, præsumatur, nempe in §. accedit ead. lege, non alia ratio afferri potest, nisi quia non longè à fictione abest illa legis præsumptio (iuris & de iure præsumptione nostri uocant, ut Barto. in l. siue posśidetis. C. de probatio.) quæ contrarij probationem nullam admittit. Qua ex re fit, ut una pro altera

Margin numbers beside the text: 1 (at "Iurisconsultos, quam cum fictione..."), 2 (at "de dotis promiss. Itaque..."), 3 (at "& de iure præsumptione...").

tera non absurdè usurpetur. Est tamen (ut diximus) cum uerè præsumitur stipulatio, potestq; illa præsumptio contraria probatione tolli. Cuius rei unum tantùm exemplum habemus in l. cùm de in rem uerso.ff. de usur. Neque enim sanè alia causa
4 esse potest, quòd & Antoninus,& Seuerus (ut ipse Papinianus refert) usuras longo tempore præstitas in posterum etiam soluendas iudicauerint, nisi quia ex temporis illius cursu obligatio usurarum præsumitur contracta, ac consequenter stipulatio creditur fuisse adhibita.arg.l.1.C.de usur. Sicq; illam legem intelligit etiam ibi Bart.in 3.col.§in quadam sua distinctione, ac post illum Castrensis in l. si certis annis nu.2.C. de pact. Itéq; recentiores fere omnes in l.1. inf.eod. nempè Lancellotus, Deci.Galiaula,Crotus,Ripa, Socinus Iunior, & alij qui omnes sentiunt illam legem ita esse accipiendam, ut ibi non de fictione, sed de præsumptione agatur. Ac quanuis contrarium uideatur sentire Bar. in l.1. huius tit. dum inter alias species, in quibus fingi stipulationem arbitratur, illam
5 quoque legem enumerat: tamen crediderο ego potius hoc fictionis uocabulo cum hìc abusum esse, quàm uoluisse ab eo dissentire, quod ipse alibi non dubitanter affirmauerat. Itaque non concessero frequentiùs receptum esse,ut ibi de fictione agatur,quemadmodum sentit Socinus Iunior nu.22. ea ratione, quod tacitè cum sententia Bartoli anti
6 quiores pertranseant,cum nec Bart. ipse hanc sententiam amplexus sit. Citant nostri prætereà.l.non aliter in fin.iuncta.l.sequent.ff.de adopt. ubi si omissa fuerit satisdatio, quam in arrogatione præstari lex præcipit utilem actionem in arrogatorem dari Vlp. ait. Ex ficta stipulatione utilis hæc actio proficisci vulgo creditur; sed pleriq; deinde mirantur, cur utilis actio competat, ac non potius directa, ut in l. unica.C.de rei uxor. action. Atque hæc res maximè illos perturbat. Sunt qui respondeant, idcircò ibi directæ actioni non esse locum, quia non de pupilli, cui us intererat, stipulatione agitur, sed tabellionis §.cum autem. inst. de adopt. qui cum libera persona esse debeat l. generali.
7 C.de tabul. non poterit alteri directam actionem acquirere. At in hoc (nisi fallor) error est apertissimus. Siquidem licet posteà Arcadius Imp. actuariorum munus seruis quibuscunque interdixerit.d.l.generali.C.de tabul. tamen Marcelli, & Vlpiani temporibus (sunt enim ipsi harum legum autores, de quarum explicatione agitur) quorum posterior Vlp. longissimorum annorum interuallo Arcadum antecessit, serui non mo-
8 dò ab hoc munere non excludebantur, sed id potissimum ipsis ea de causa demandabatur, quia sæpe eueniebat, ut pro absentibus, aut pupillis, aut Reipub. nomine aliquid stipulari oporteret, quod pro dominis posse seruos facere compertum habemus, toto tit. ff. & inst. de stipul. seruor. Propterea dicit Vlp. in l.2. ff. rem pupil. sal. fore. Si pupillus absens sit, aut fieri non possit, seruum eius stipulari, quod si seruum nō habeat, neque sit,unde ematur,aut non expedita emptio sit,seruum publicum stipulari oportere. In hac porrò ipsa, de qua nunc agimus, satisdatione, seruum publicum stipulari solitum fuisse, testis est Marcellus in l.non aliter.eod.tit.de adopt. Quanq; Iustinia. dum eadem Marcelli uerba propè descripsit in §. cum autem. inst. de adopt. (quia ab Arcadij constitutione noluit recedere) non de seruo publico, sed de persona publica, ac tabellione locutus est, atque id unum ex Marcelli sententia immutauit. Itaque hac responsione sublata, uidetur adhuc propositæ dubitationi locus esse posse,de qua tamē responsione quid ego sentiam,ex ijs intelligetur, quæ inf. dicturus sum. Veruntamen hæc dubitatio nihili facienda est; Etenim recepta illa, quam superiori cap. ostendimus
9 esse non tantum huius legis, sed & aliarum eiusmodi omnium ueram interpretationem,

ut dicamus

ut dicamus nullam ibi eſſe fictam ſtipulationem, ſed ideò dari utilem actionem, quia
æquitatis, atque utilitatis ratio exigebat, ut agnatis, ac propinquis arrogati (quanuis
contra ſtrictam iuris rationem) ſuccurreretur, ne indebitè damnum paterentur. Recce-
pta (inquam) hac interpretatione nihil erit, quod dubitetur, cur utilis potiùs detur,
quàm directa, cùm imò utilis omninò concedi debuerit. arg. l. ut tantum. ff. de ſeruo
corrupto. l. quia actionum. ff. de præſcrip. uerb. directa uerò nullo modo potuerit com
petere; cùm nullam fictionem lex induxerit, Vlp. uerò ne inducere quidem potuerit.
Vnde interpretatur ipſe tantùm illius ſatiſdationis ſolemnitatem, de qua in l. non aliter
eod. tit. Ac tantò etiam abſurdius ibi eſt hoc ipſum de fictione cõmentum, quia non
tantùm ſtipulationem eo caſu fingi oportuiſſet, ſed etiam fideiuſſorem, cùm ſatiſdatio
ſemper cum fideiuſſore accipiatur. l. 1. ff. qui ſatiſd. cogant. l. ſancimus. C. de uerb. ſi-
gnifi. at id tamen abſurdum eſt. l. ſi ita ſtipulatus. §. Chriſogonus. in fin. inſ. eod. Ex hoc
mihi tàm clarum, tàmq; apertum fieri uidetur, cur ibi non directa, ſed utilis actio com-
petat, ut alias quærere rationes non modò alienum, ſed planè ſtultum ſit. Attamen il-
lud per ſe mihi ſatis placet, quod Galiaula, & Ripa hìc tradunt, nimirum directam actio
nem, neque etiam ex ſatiſdatione ipſa ſeu uerè, ſeu fictè ſeruo publico pręſtita, ſed tan-
tùm utilem pupillo compętere, arg. l. 1. §. exigere. ff. de mag. conuen. l. 4. ff. rem pupilli
ſal. fo. ea fortaſſe ratione, quia non tantundem prorſus nobis ſeruum publicum in ſti-
pulando, quantum proprium præſtare par fuit. Sed hoc non ſpectauit Vlp. in d. l. his
uerbis, qui longè alia de cauſa utilem actionem dari uoluit, ut ex prædictis liquidò ap-
paret. Ex quibus etiam probè intelligetur inania eſſe, quæ recentiores hìc cõminiſcun 10
tur, dum in huius legis explicatione miſerè inſudant. Sunt qui tentent dicere, ibi non
ſatiſdationem fingi, ſed tantùm cautionem, ut Soc. Iun. nu. 21. ſicq; non eſſe opus fi
deiuſſoris perſonam fictione ſuppleri. Quæ tamen intelligentia ſatis ſeipſam commen-
dat, ut & ipſe poſteà animaduertiſſe uidetur. Dicunt etiam poſſe defendi, quod docuit
ibi Albericus poſt Iacobum de Aretio, nimirum eſſe illam utilem actionem, non quidẽ
ex ſatiſdatione, ſed ex teſtamento, arg. l. cauſa cognita. ff. de vulgar. & pupil. Verùm
hoc quoque & à Vlpiani mente, & ab aliorum etiam iuriſconſultorum regulis alieniſ-
ſimum eſt, quia hìc nòn uitio teſtamenti ſuccurritur, ſed potiùs ſatiſdatio omiſſa ſupple
tur. Quoties uerò contra ſtrictam iuris rationem utilis actio datur, illa ſemper eius actio 11
nis ſibi nomen, & naturam aſſumit, quæ ex actu, qui ſuppletur, oriri potuiſſet, ut docet
Vlp. in l. 3. §. item ſciendum. ff. ſi cui plus quàm per l. falcid. ac multò etiam expreſſius in
« l. quanuis. §. penult. ff. ad S. C. Trebell. ubi ita inquit: Si cum eſſem tecum contra-
« cturus, mulier interuenit, ut cum ipſa potiùs contrahã, uidetur interceſſiſſe, quo caſu da
« tur in te actio, quæ inſtituit magis, quàm reſtituit obligationem, ut perinde obligeris eo
« dem genere obligationis, quo mulier obligata eſt, verbi gratia ſi per ſtipulationem mu
« lier, tu quaſi ex ſtipulatu conueniaris. Arguta multis uidetur Alexandri Socini ſenten 12
tia, quam refert ipſius pater Mar. inf. in l. 1. nu. 21. verſ. uel etiam. Putat ipſe uerba Mar-
celli in d. l. his uerbis, ita accipi debere, ut uelit Marc. ex uera ſtipulatione actionem
oriri. Quandoquidem non uidetur ibi negari, quin cautio fuerit adhibita, licet dicatur
fuiſſe omiſſam ſatiſdationem; ſed non uideo, quæ ratio, aut quæ nos urgeat neceſſitas,
ut eam legem tantopere coanguſtemus, ac diuinemus, tunc non putaſſe Marcellum hæ
redibus pupilli ſuccurrendum eſſe, item nec legatarijs, aut ſeruis, quibus libertas relicta
fuerit, cum cautio prætermiſſa eſt. Quaſi uerò deſint leges in quibus reſpondetur actio 13
nem

nem dandam esse, etiam cùm cautio prorsus non est adhibita, dummodo id æquitas ex poscat. Habemus hoc in l. 3. §. item sciendum.ff. si cui plus quam per l. falcid. Item " sciendum est, fiscum hanc actionem non pati,sed perinde conueniri posse,ac si cauisset. " Idem habemus in l. hoc amplius, in princ. in uers. denique.ff.de dam. infect. quo loci Vlpia. Iuliani sententiam refert in hæc uerba. Deniq; si quis propter angustias tem " poris, aut quia Reip. causa aberat, non potuit damni infecti stipulari, non iniquè præ- " torem curaturum, ut dominus uitiosarum ædium aut damnum resarciat, aut ædibus " careat. Sententiam Iuliani utilitas comprobat. Idem deniq; habemus in l. si finita. §. eleganter.ff. de damn. infect. quam legem inter cæteras allegat in l.1. in princ. inf. eo. Eleganter quæritur (inquit ibi Vlp.) si dum prętor de danda stipulatione deliberat, " damnum contigerit, an sarciri possit? Et missio quidem cessabit, Prætor tamen decer- " nere debet, quicquid damni contigerit, ut de eo quoque caueatur, aut si putat, quod " utiliter actionem daturus sit, decernat. Ex hac lege, ut etiam ex alijs omnibus, quæ " in tota hac disputatione adducuntur,hoc totum, quod nos supra docuimus,optimè confirmatur. Siquidem existimat Iulian. etiam omissa cautione à prætore utilem actio nem dari oportere, si id modò putauerit utilitatis rationem exigere. At dicebat præfatus doctor præcipuam esse rationem in d. l. his uerbis.cur fateamur ibi cautionem non fuisse omissam ,nimirum quia ipsa cautio ad formam arrogationis pertinebat; cùm dicat idem Marcellus in l. præcedenti, non aliter uoluntati eius subscribendum esse, qui uoluerit arrogare pupillum, quàm si cauerit seruo publico &c. Quod ipsum tamen facili negotio diluitur. Nam uel si Marcellus utatur uerbo illo generali,cauere, tamen uerè arrogator cogebatur cauere per satisdationem l. nec ei. in fin. illo tit. Atqui etiam in l. his uerbis. de satisdatione mentio fit, cum satisdationis uerba ibi perpendantur, sicq; non simplex cautio, sed satisdatio exigebatur, & tamen concedit Marcellus potuisse omitti satisdationem, dum considerat, quomodo illa omissa legitimis hæredibus pupilli, aut alijs quorum interest, succurrendum sit. Nec sanè nisi inepte dubitari potest, quin uoluerit generatim illud remedium conuenire etiam quando cautio sine fideiussore præstita est, cùm alioquin hoc non bene tacuisset. Verùm
14 Marcellus id profectò cogitauit, quanuis possit arrogator ad satisdationem compelli, ac propterea si satisdare recuset, eius uoluntati subscribendum non sit, tamen hoc à Principis, eiusve Vicarij uoluntate pendere, quos interdum & absq; satisdatione consentire arrogationi possit contingere. Quapropter ne ea res legitimis hæredibus fraudi esset, æquum esse iudicauit, utilem eo casu in arrogatorem actionem dari. Quod ut mirum nemini uideri possit, facit l. hoc Senatusconsultum in §. 1. ff. de usufruc. ear. rer. quæ usu consum. ubi species illa deciditur quando cautio est omissa in usufructu earũ rerũ, quæ usu consumuntur; quæ tamen cautio ad ususfructus substantiam non minus pertinet, quàm satisdatio ad substantiam arrogationis.l.1.C.de usufructu. Sic etiã in authẽ. ut nulli iudici.§.super hoc autem iubemus. cautio quædam necessariò exigitur, atque ibidem mox deciditur ille casus,quo illa fuerit prætermissa. Neque uerò dubitamus,quin eundem planè sensum, qui fuit Marcelli in d. l. his uerbis. item & aliorũ in alijs similibus legibus hîc adductis, habuerit etiam Vlp. in l. cùm ostendimus. §. ult. ff. de fideiuss. tut. quæ lex in primis nostris omnibus molestiam maximam exhibuit. Fideiussores (inquit) à tutoribus nominati, si præsentes fuerunt, & non contradi- " xerunt, & nomina sua referri in acta publica passi sunt, æquum est,perinde teneri, ac si "

iure

iure legitimo ſtipulatio interpoſita fuiſſet. Concludimus hîc quoque de ficta ſtipula-
tione ne cogitaſſe quidem iuriſconſultum, contra quam noſtri omnes præter Alcia-
tũ, & Mandellum exiſtimauerint. Sed de illa actione loquutum eſſe, quæ ubi omiſſa
eſt ſtipulatio, uel alio quocunque modo legitima actio deeſt, contra ſtrictam iuris ra-
tionem decernitur, ſi id æquitatis, aut utilitatis ratio expoſcat, ut ſuperiore cap. pleniſſi
mè docuimus. Cum enim dicat æquum eſſe perinde eos teneri &c. oſtendit ſolius æ-
quitatis ratione actionem concedi; quæ uerò ex ſola ęquitate oriatur actio, non alia eſ-
ſe poteſt, niſi utilis actio, quę ex ęquo, & bono contra ſtrictam iuris rationem decerni-
tur. l. ut tantum. ff. de ſeruo corrupto. l. quia actionum. ff. de præſcript. uerb. At qui in il
la lege fingi ſtipulationem affirmant, ea ratione maximè adducuntur, quod ij, quos tene
ri dicit Vlp. erant fideiuſſores nominati, quocircà uidetur ſentire iuriſc. eos teneri tan
quam fideiuſſores, ſicq; ſtipulationem ibi ſaltem ficte interceſſiſſe, quæ ad fideiuſſio-
nem uidetur omnino eſſe neceſſaria. Etenim quanuis generatim ſoleat fideiuſſoris uo 15
cabulum uſurpari, ut & eum qui mandat, uel conſtituit, uel quacunque ratione in ſe
periculum ſuſcipit complectatur. l. omnes. §. in hac. C. de epiſc. & cler. & §. ult. inſt. de
replicat. ubi etiam annotat hoc Accurſ. in uer. fideiuſſoribus poſt Azonem in ſumma
de fideiuſſ. in princ. quin & Donatus id apertè ſentiat, dum fideiuſſorem credendi
autorem eſſe definit. Attamen negari non poteſt, quin noſtris legibus ut plurimùm
fideiuſſor accipiatur pro eo, qui ex ſtipulatione pro altero eſt obligatus; nec ſanè au-
ſim ego affirmare aliter accipi fideiuſſorem in hac l. cum oſtendimus. §. ult. Quicquid
tamen ſit, hoc argumentum leue eſt, ac communem ſententiam nihil iuuat, cùm ex eo
quod iſti tutores fuerint nominati, non rectè colligatur, eos ut fideiuſſores teneri, licet
inſpecto effectu, quem ſolum ibi Vlp. conſiderauit, fideiuſſorum uicem obtineant: Quã
doquidem perinde tenentur, ac ſi fideiuſſores eſſent, idq; optimè oſtendunt uerba ſe-
« quentia, ut & Alciat. rectè animaduertit. Eadem (inquit) cauſa uidetur affirmatorum
« ſcilicet, qui cum idoneos eſſe tutores affirmauerint, fideiuſſorum uicem ſuſtinent
Itaque ſentit iuriſc. eos quoque fideiuſſorum uicem ſuſtinere, qui fideiuſſores nomi 16
nati tacuerunt, alioquin non bene diceret, utrorumq; eandem cauſam eſſe. Neque ue
rò contendere debemus, eos qui fideiuſſorum uicem obtinent, aut quaſi fideiuſſo-
res, ſiue exemplo fideiuſſorum tenentur, uerè, uel fictè fideiuſſores eſſe, nam hoc perſpi
cuè falſum eſt, ut rectè probatur ex l. in perſonã. §. quod ſi quaſi fideiuſſor. ff. de pact.
& ex l. 1. §. nunc tractemus, in illis uerbis, exemplo fideiuſſorũ &c. ff. de tut. & rat. diſtrah.

ARGVM.

QVæ potiſſimum mouerint Vlpianum in d. l. cum oſtendimus. §. vlt. ut actionem in ea ſpecie dandam eſſe exiſtimauerit. Num ſcilicet fauor pupilli, an calor iudicii, uel ſcriptura, aut patientia. Et an ex calore iudicij pactum nudum tantum roboris aſſumat, ut efficacem producat obligationem.

1 Fauor Reip. præcipuo iure nonnulla conſtituta ſunt.

2 Variæ Doctorum ſententię referuntur, quantum ad rationem l. cum oſtendimus. §. ult.

3 Vera eiuſdem legis explicatio.

4 Operam illi perdunt, qui per ſe, atque in abſtracto conſiderant calorem iudicii, fauorem pupilli, atque eiuſmodi alia, quæ uariè æſtimantur, ut ad uarias fa-
ctorum

CAP. XXX.

POsteaquam uidimus quo pacto accipienda sint uerba Vlpiani in hac ipsa l. cùm ostendimus. §. vlt. ff. de fideiuss. tut. & eiusmodi actio illa sit, qua censuit ipse legitimis hæredibus pupilli, alijsq; quorum interest, eo casu succurri debere: restat ut uideamus, quæ nam in ea specie concurrant, ac quæ Vlpianum mouerint, ut ita respondendum iudicauerit. Est uerò hæc eadem fermè quæstio quam & cæteri tractant, dum tanto apparatu causas inquirunt, quæ ibi fictam stipulationem inducant. Nam quæ ab alijs fictæ stipulationis inducendæ creduntur causæ fuisse, potuerunt etiam illam ęquitatem inducere, cuius solius ratione nos ibi utilem actionem dari demonstrauimus. Variæ hac in re sunt nostrorum sententiæ. Putant Dyn. Iacob. de Aretio, Rainerius, & Nicolaus de Neapoli, in d.l.cum ostendimus, id quod ibi deciditur præcipuo pupilli fauore receptum esse, quemadmodum uidemus & fauore
1 Reipub. nonnulla interdum pręcipuo iure constitui, ut in l.2. ff. ad munic. Cui sententiæ astipulatur Cyn. in l. inuitus. C. de procurat. Item Butr. & Imol. in clement. 1.
2 de procurat. Altera est sententia Bart. in l. ult. ff. de prætor. stipul. qui credit Vlpianum in ea lege solum spectasse patientiam in iudicio ab ijs præstitam qui fideiussores fuerant nominati. Quod ipsum & alibi sæpe Bart. inculcat, ut in l. ult. §. 1. ff. à quib. appell. non licet, & in l. cùm quis decedens, in princ. ff. de leg. 3. Probatq; hoc idem Bald. in l. tale pactum. §. qui prouocauit. ff. de pact. & Castrens. in l. sciendum inf. eod. Tertiò Cumanus in d. l. sciendum, fatetur quidem id quod Bart. Bald. & Cast. sentiunt iudicij fomentum, atque calorem momenti non parum habere, attamen existimat cum calore iudicij, etiam pupilli fauorem concurrere oportere, ut actio competat, quemadmodum ibi concurrit. Quartò Bald. non satis hac in re sibi constans in l. 2. §. uoluntate. ff. solut. matrim. dicit esse tribuendam illius legis decisionem, partim patientiæ, partim etiam scripturæ, cùm ij qui tutores fuerunt nominati in publicis actis describi nomina sua passi fuerint. Quam scripturam etiam Alex. hîc nu.36. vult omnino debere attendi, sed cum ea simul & fauorem pupilli, & iudicij calorem putat ibi considerari, atque hanc sententiam Alexandri frequentiùs esse receptam, Iason hîc, & recentiores testantur. Postremò Romanus existimat eius decisionis uim totam in patientia geminata esse positam, iudicij uerò calorem credit nihil planè operari, cuius sententiæ utrunque caput reprobat Alex. inf. in l. 1. nu.37. & 38. Sic iam cernimus quantoperè hac in re uariatum sit. At uidetur nobis hęc dubitatio planè tolli ex ijs, quæ supra docuimus, ita ut tam multę hac de re al-

tercationes sint prorsus superuacaneæ. Ostendimus supra quoties secundum strictam 3 iuris rationem nulla competit actio, consueuisse prætores, atque etiam prudentes ea de re consultos ex causis,& personis in proposita facti specie æstimare, an æquum esset, & an utilitas exigeret actionem dari. arg. l. ult. sup. tit. prox. quę propterea utilis actio in factum appellatur. Quod cum ita sit, dubitandum non est, quin quoties eueniebat, ut dubitaretur, an aliquo casu utilis actio danda esset, accuratè singula expendi deberent, quę in illo ipso casu concurrerent cum nihil aliud, quàm æquum bonumq; spectaretur, cuius ratio omnis, uel ex minima facti differentia sæpè mutatur. Quapropter cum Vlp. eam facti speciem nobis referat. Fideiussores à tutoribus nominatos præsentes fuisse,& non contradixisse, & nomina sua referri in acta publica passos esse, ac deinde subijciat æquum esse illos teneri, credibile est hanc æquitatem ipsum æstimasse ex illis rebus omnibus, quas proximè nobis proposuerat, ex quibus si quid uel minimum deesset, non auderem ego affirmare illius legis decisioni locum esse. Neque enim ab re iurisconsultus tam accuratè omnia enumerasse existimandus est, sed quia ea singula ad id quod posteà decernit momenti aliquid habere animaduerterit. Itaque concludo coniunctim hæc omnia ibi considerari, & scripturam, & pupilli fauorem, & iudicij fomentum, & multiplicatam illorum patientiam, qui cùm præsentes essent, nullatenus contradixerunt, sed,& nominari, & describi se, & nomina sua in acta publica referri passi sunt. Quod uerò multi dubitant, utrum hæc singula, nimirum calor iudicij, fauor pupilli, patientia, uel scriptura publica, & si qua alia sunt 4 eiusmodi, per se atque in abstracto (ut ita loquar) considerata, nobis actionem prestent, hoc profectò non potest non maximè absurdum esse: nam si loquimur de actione, quæ ex ficta stipulatione oritur, iam ostendimus, hoc merum figmentum, ac tanquam ægrotantium somnum esse; si uerò loquamur (ut uerè Vlp. loquitur) de utili actione, quæ ex æquo, & bono contra iuris regulas datur, frustrà certè studemus ibi 6 certas regulas tradere ubi à regulis communibus recedere nos leges uoluerunt, atque ex singulis factorum euentibus æquitatem metiri. Non ergo debemus singula cuiusq; speciei attributa per se considerare, sed quatenus ad eam ipsam speciem applicantur, cùm persæpè faciat illa applicatio, ut plus, uel minus fauoris, atq; ęquitatis unũquodque habeat, quàm per se alioquin fuisset habiturum. Cuius rei exempla quamplurima poterit per se unusquisque reperire. Vt ecce in illa facti specie, quæ habetur in l. si filius. ff. de tutelis, scientia, & patientia patris non tanti est, ut illum obligare possit: at ne quidem si ipsius patris monitio præterea accedat. At in l. 2. ff. ad municip. eiusdem scientia, & patientia obligationem inducit. Vnde hæc tanta diuersitas? Ex eo nimirum quia, & hîc, & ibi non ad idem factum, neque ad easdem prorsus personas applicatio fit. Adde quod sola præsentia domini tacentis, in l. manumissio. ff. de manu. uindict. uerborum solemnitati æquipollet; at alibi sæpissimè secus esse comperiemus. Fauor itidem pupilli, ipsi pupillo, uel eius hæredibus prodesse potest, ac iuris effectus aliquos parere, cùm scilicet ad tale factum referetur, ubi alia nonnulla habeat adminicula, ut d. l. cum ostendimus. Vbi uerò illa desint, stultum erit existimare, semper fauore pupilli actionem dari oportere. Ac denique etiam de calore iudicij, de quo multa nostri differunt, uno uerbo idem concludimus. Sunt enim species eiusmodi nonnullæ, in quibus iudicij calorem attendi æquissimum sit, ut in l. 1. §. ult. ff. de interrog. act. & in l. pacta nouissima.

uissima.C.de pact. Sed ubi nulla res alia concurrat, non uideo calorem iudicij per
7 se talem causam esse, quæ ullum iuris effectum ualeat producere. Hac de causa ego apertissimum illud esse iudico quod nostri in quæstionem uocant inf. in l. 1. Aretinus, Alex. Socin. Ias. Ripa, cæteriq; recentiores. Vtrum scilicet pactum uestiat calore iudicij, ita ut actionem parere possit. Neque enim dubitandũ esse arbitror quin uerissima sit communis sententia, & negatiua, à qua nec quisquam certè (quod uiderim) nisi disputationis gratia, ausus est dissentire. Vt enim omittam leges, quæ etiam in iudicio sti
8 pulationem necessariò requirunt, ut l. omnes. §. in hac. 2. C. de episc. & cleri. ut etiam omittam, quod (ut rectè aduertit Aretin.) iudiciales stipulationes inuentæ sunt, & à prætoribus, qui nihil temerè, aut frustrà unquam induxerunt, in iudiciornm consuetudinem introductæ. l. 1. ff. præt. stipul. l. 5. in princ. iuncto §. stipulatio inf. eod. quæ sanè parum fuissent necessariæ, si legitimæ fuissent conuentiones omnes in iudicio factæ, atque ad agendum satis per se efficaciæ, ac ponderis habuissent. Vt hæc (inquam) atq; eiusmodi alia omittam, quæ probabiles responsiones forsan admitterent, puto hanc cõmunẽ
9 sententiam necessariò probari ex l. siue apud acta. C. de transact. si hæc lex perpendatur eo modo, quo illam uidet̃ mihi perpendere uoluisse Socinus hìc nu. 2. uers. & inducuntur, quanuis tàm perplexè loquatur, ut ex eius uerbis uix ullus uideatur sensus elici posse. Siue apud acta rectoris Prouinciæ, siue sine actis scriptura intercedente uel nõ, « transactio interposita est, hanc seruari conuenit. Sed quoniam ut certum quid accipias « conuenisse te (licet sine scriptura) proponis, nec huius rei causa stipulationem sequutam « esse, quãuis ex pacto non potuit nasci actio, tamen rerũ uendicatione pendente, si exce- « ptio pacti opposita fuerit, doli mali, uel in factum replicatione usus, poteris ad obsequiũ « placitorum aduersarium tuum urgere. Proponit primò Diocletianus generale pro- « nunciatum, conuentionem semper seruandam esse, siue apud acta, siue sine actis interposita sit, ac siue scriptura intercesserit, siue minùs. Posteà in uers. sed quoniam, declarat quod generatim tradiderat, aitq; conuentionẽ nudã tantũmodò seruari ope exceptionis, uel replicationis, cùm qui de transigendo sine scriptura conuenit, non nisi opposita eo modo quo ibi dicitur replicatione ad obsequinm placitorũ urgeri possit. Nemo nõ uidet nostræ argumentationis uim omnem ab eo pendere, utrum Imperator in secunda parte, ubi apertissimè decidit nihil ad actionem prodesse conuentionẽ de transigendo, generatim id affirmare uoluerit, etiam quando conuentio apud acta interposita fuerit. At hoc illum uoluisse rectè cum Socino in hunc modum ostendemus. Negari non potest, quin quæ simpliciter, atque indeterminatè posteriore illius legis parte tradita sunt rectisfimè declarari posfint ex primis illis uerbis, siue apud acta, siue sine actis, cùm uulgatum sit, uerba posita in principio orationis, debere totam orationem declarare, ut & Bart. tradit in l. Seio. §. Caio. ff. de fund. instruc. At illa prima uerba, siue apud acta, siue sine actis, cum eodem orationis contextu annectantur aliis uerbis proximè sequenti bus, scriptura intercedente, uel non, eo sensu uidẽtur omnino esse accipiẽda, ut quod dicitur intercedente scriptura, intelligatur tam apud acta, quam sine actis. Item quod dici tur nõ intercedẽte scriptura intelligatur, tàm apud acta, quàm sine actis, neque enim ullam possemus hìc restrictionem adhibere, quæ non uerbis illis. tam generaliter conceptis aduersaretur. Proinde si quod dixit Imperator scriptura non intercedente, generaliter accepit, siue apud acta iudicij, siue sine actis conuentum sit, reliquum est, ut cum posteà in secunda parte loquitur de conuentione, in qua scriptu-

ra non intercessit, ac dicit ex eo agi non posse, in eo etiam generaliter loquutus fuerit,
atque illam quoque conuentionem complexus fuerit, quæ sine scriptura in actis fuerit
interposita: siquidem initium legis totam legem aperit.l.regula,iuxta fin.in illis uerbis, 10
initium constitutionis.ff. de iur. & fact. ignorant. Sic uidetur mihi necessariò colligi
ex illa lege, conuentionem alioquin nudam non eam uim,aut eum quasi calorem ex iu
dicij actis desumere, ut propterea actionem producere possit. Quanquam uel si pro
hac sententia, nulla alia lex extaret, tamen ex eo satis probata uideri debet, quod ex
aduerso nihil affertur, cur debeamus ab illa regula recedere, quam docuit nos Vlp. in
l. iurisgentium.§. igitur nuda.ff.de pact. pacta nuda non actionem producere, sed ex-
ceptionem. Neque enim possumus ullum ad hanc rem argumentum desumere ex illa
l. cùm ostendimus.§. vlt.ff.de fideiuss. tut. quia cùm multa ibi coniunctim nobis Vlp.
proponat, non uerè possumus affirmare, ex solo iudicij calore eum æstimasse æquita-
tem, ob quam iudicauit utilem actionem dari oportere,tantùm abest, ut ex conuentio
ne in iudicio facta, directam actionem competere existimauerit. Hanc conclusionem
negatiuam, quam (ut diximus) cæteri quoque interpretes recipiunt, limitant ipsi po-
steà in conuentione, quæ ad confirmandum iudicium pertinet, nam dicunt illam uesti 11
ri calore iudicij, ideoq; saltem iudicis officio impleri debere, ita Bald. in l. tale pactum.
§. qui prouocauit. vers. Nonò quæro. ff. de pact. Alex. ins. in l. 1. nu. 39. ubi etiam
Ripa nu. 22. Item Galiaula, atq; alij recentiores assentiuntur. Sed hæc limitatio,sen-
tentia mea, tàm perspicuè falsa est, ut ne confutatione quidem egeat. Cùm facilè pos-
sit unusquisque animaduertere, ea omnia, quibus proximè communem sententiam
confirmauimus, hanc limitationem apertissimè oppugnare. Namq; in l. siue apud
acta, licet iudicium pactio non coadiuuet, tamen iudicio finem imponit (ut & Soci-
nus Iunior hîc considerat) quod non minus certè fauorabile est; cùm à legibus id ubi
que ante omnia expetatur.l.non minorem.C. de transact. l. properandum.C.de iudic.
c. finem litibus. extra de dolo. Negare uerò non possumus, quin huius limitationis
terminos planè attingat,id quod disponitur in l.omnes.§. in hac.C. de episc. & cler.
ubi potuisset conuentio iudicio præsidium afferre, & tamen eo loci Iustin. non ob-
scurè sentit, eam per se fore inefficacem, nisi stipulationis robore firmaretur. Ripa 12
nu. 21. dum studet hanc legem declinare, ita declarat hanc similitudinem, ut non
uoluerint Doct. esse illi locum in omnibus conuentionibus, quæ iudicijs adiumen-
to aliquo esse possunt, sed in illis tantùm quibus id promittitur, ad quod promis-
sor alioquin tenebatur, ut cum promittit iudicio sisti, uel iudicatum solui, nõn qui-
dem pro alio, ut in d. §. in hac, sed pro seipso. Verùm in hoc quoque aduersatur
quod supra de iudicialibus stipulationibus traditum est, ut ratum haberi, iudicatum
solui,quibus quis pro se ipso promittit.l.3.§. si reus cũ similib. ff.iudicat.solui, & tamen
eas frustrà inuentas nõ fuisse existimandũ est. Præterea si calori iudicij hoc tribuendũ es
set,ut efficaces conuentiones redderet,hoc certè faceret in omnibus cõuẽtionibus, quæ
in iudicio interponunt̃. Quod cùm secus esse iam demonstratũ sit,parum me mouebit,
quod conuentiones nonnullæ proponant̃ in iudicio factæ, quæ efficaces sint, id enim
non tàm calore iudicij, quàm alijs causis tribuendum esse dixero,quas ibi semper con-
currere animaduertemus, ut in l.tale pactum.§.qui prouocauit.ff.de pact.Condẽnatus, 13
» ut certam quantitatẽ solueret, prouocauerat; deinde transegerat,ut eius quantitatis par
» tem certa die solueret, quod si ea die nõ soluisset, tũ sentẽtiæ se parriturum promiserat.

Papinian.

Papinian.respondet iudicem appellationis nullo alio de principali causa discusso iustam conuentionem ueluti confesši sequi debere. At qua ratione uult attendi conuentionem, si nuda conuentio non parit actionem? illa nimirum quia huic ipsi conuentioni, annexa erat tacitaquædam confessio, cum uideatur promissor confiteri iustam fuisse sententiam, quæ contra se lata fuerat, id quod Ripa non inficiatur, & uerba legis nobis non obscurè insinuant. Itaque sentit Papin. uel si maximè in iudicio ea conuentio facta fuisset eius tamen efficaciam non tàm ipsi iudicio, quàm alijs causis tribuendam esse. Possunt enim (ut dixi) sæpe multa concurrere, quę faciant ut ad prętandam fidem
14 compelli promissorem æquisšimum sit. Illudque inter cætera ad hanc rem maximi momenti esse semper iudicauero, si iudici promissum aliquid fuerit, quem certè falli multò iniquius est, ac tantò magis, si quod ipsi promissum est ad publicam utilitatẽ pertineat, ut si quis officialibus promisisset reos exhibere. Hunc enim fateor ex nuda promissione
15 posse compelli, neque id tantùm si officialibus, sed etiam si alijs quibuscunque apud acta is promisisset; quod uidetur mihi apertè sentire Paul. in l. cũ pro quo ff. de in ius uocãdo. Eum pro quo (inquit) quis apud officium cauit, exhibere cogitur. postea statim ““ subijcit; Item qui apud acta exhibiturum se quem promisit, & si officio non caueat, ad ““ exhibendum tamen cogitur. Itaque ex tali pacto utilis actio competeret, ut & Accurs. ibi docet in uerb. officium. Hæc quæ diximus de conuentione in iudicio facta, intelligimus quoties constat nudam conuentionem esse. Nam si scriptum esset in actis aliquos promisisse, tunc præsumeretur promissum esse per stipulationem ar. §. si scriptum. Inst. de inutil. stipulat. Itaque cessaret omnis difficultas. Quemadmodum si quis in actis conscribi curaret, se expensarum nomine aliquid soluturum ut in auth. generaliter. C. de episc. & cler. Quod si id manu propria quis scriberet, atque in eum modum, ut ex ea scriptura stipulatio præsumi non posset, putarem competere condictionem ex lege orientem ex illa scriptura, iuxta l. 1. ff. de condict. ex lege, ut docet ibi Accurs. gloss. conscribat, quæ glossa quanuis soleat ad id probãdum induci, pactum scilicet uestiri calore iudicij, inductio illa tamen nihil prorsus ad rem pertinet. Quemadmodum etiam responsio quã ad illam affert Socinus Iunior nu. 41. in fin. ab ipsius Accursij mente alienissima est.

A R G V M.

SIT ne omninò in stipulatione necessarius ordo interrogationis, & responsionis. Et quid si in instrumento scriptum sit, interrogationi responsionem antecessisse.

1 Rectè nè ego id statim promittam, de quo alter interrogatur.

2 Quæ leges faciãt, quo minus ordo interrogationis, ac responsionis uideatur esse necessarius.

3 Quæ leges contrà, hunc ipsum ordinem requirant.

4 Variæ interpretationes. §. si quis simpliciter uersi. cum adiicitur l. 1. inf. eo.

5 Minor est diuersitas, quæ qualitatẽ, quã quæ quantitatem respicit.

6 Antinomia. l. 1. §. si stipulanti mihi infr. eo. & §. Prætereà Inst. de inutil. stipula.

7 Intell. §. si stipulanti. ex qua sumitur declaratio uers. cum adiicitur.

8 An ex d. uers. cum adiicitur rectè colligatur posse fieri stipulationem sine interrogatione.

9 Quid si scriptum sit in instrumento Titiũ promisisse, ac deinde incontinenti subiiciatur stipulatio.

10 Tres casus distinguuntur.

11 Aequiuocat Iason, & cõfundit stipulationem cum instrumento, quo probatur stipulatio.

12 Pluribus exemplis demonstratur uerba instrumenti

CAP. XXXI.

SED prosequamur iam reliqua uerba huius definitionis. Quibus (inquit Pompon.) IS QVI INTERROGATVR &c. Audiui aliquando proponentes de stipulatione quæstionem eiusmodi. Cum ego & Sempronius fortè una essemus, superueniens quispiam Sempronium interrogat, an se certa die centum aureos daturum promitteret, tacente uerò Sempronio ego protinus respondeo me promittere. 1
Ne dubites (inquam) ego me daturum promitto. Nam utilis erit stipulatio. Dixi hanc quæstionem penitus dubitatione carere, apertissimè enim illam decidi ex hac dictione, IS, qua hìc Pompon. utitur. Hac enim demonstrare uoluit, oportere eum ipsum, qui interrogatur, & non alium quencunque respondere. Subsequens uerò illud uerbum INTERROGATVR ostendit debere interrogationem responsioni antecedere. Qua in re tria occurrunt, quæ sigillatim uidenda sunt. Primùm sit ne hìc ordo interrogationis, & responsionis, omninò necessarius. Deinde qua ratione fuerit is inductus. Postremò, an consuetudine remitti possit. Primùm attingunt Bar. Iason, Ripa, & cæteri infra in l. 1. Verùm ego non diu in eo persistam, quia res non admodum dubia est. Quod 2
uidetur hac in re difficultatis nonnihil afferre, putat Bar. esse id quod dicitur in ead. l. 1. §.
" si quis simpliciter in 2. respon. Cùm adijcitur aliquid uel detrahitur obligationi, semper
" probandum, uitiatam esse obligationem, nisi diuersitas responsionis illicò placuerit, tũc
" enim aliam stipulationem cõtractam esse uideri. In eo uidetur hęc lex obstare, quia hæc noua stipulatio, in qua post responsionem acceptantis consensus interuenit, nõ potest uideri legitimum interrogationis, & responsionis ordinem continere. Præterea Ripa alijq; nonnulli obijciunt, §. sed hæc solemnia Inst. eod. quo loci probat Iustin. quod, de tollenda uerborum solemnitate Leoni placuerat, ac nihil aliud in stipulatione requirit, nisi consonantem ab utraque parte intellectum, at hunc consonantem intellectum etiã non seruato ordine interrogationis, ac responsionis haberi posse exploratissimum est. Atque hanc inductionem putat Socinus Iunior hìc nu. 187. arctiùs stringi posse, iuncto §. superiori, ubi cum refert Imp. ius antiquum, dicit congruenter ad interrogata responderi debuisse, posteà statim Leonis correctionem refert, quæ propterea uidetur eò pertinere, ut hodie ad interrogationem respondere non sit necesse sed possit sine ordine interrogationis, ac responsionis stipulatio fieri. Citat etiam l. præposteri. C. de testament. At neque l. præposteri quicquam obstat cum illa lex apertissimè declaretur, ex §. item si quis. Inst. de inutil. stipul. Nec quod habetur in §. sed hæc solemnia, cùm ibi tantum cõstitutio Leonis referatur, quem de tollendo ordine interrogationis, ac respõsionis quicquam cogitasse, nemo dixerit. Quod uerò ibi corrigatur quod superiori, §. dictũ erat, congruenter ad interrogata respondendũ esse, perspicuè falsum est, ut facilè per se unusquisque

quisque intelliget, qui uerborum illorum contextum diligenter inspexerit. At neque primum illud argumentum desumptum ex uers.cum adijcitur,eiusmodi est, ut hanc quæstionem ulla ex parte dubiam reddere possit. Nam præter Pomponium in hac diffini-
3 tione non desunt alij Iurisconsulti,qui in stipulatione ordinem interrogationis,ac respõsionis,necessariò requirunt,ut Modestinus in l.obligamur, in qua accuratè docet, qua ex re maximè unaquæque obligatio perficiatur,ac cum deuenit ad stipulationẽ, Verbis (inquit) obligamur cùm præcedit interrogatio,ac sequitur congrua responsio.Idemq; expressim exigit Antonins in l.1. C.de usur.in obligatione usurarum, quæ non nisi per stipulationem deberi possunt,itaque fit,ut nullus dubitationi locus esse possit. At quẽ
4 dicemus fuisse sensum Vlpiani,in d.l.1.uers.cùm adijcitur? Variè Doct. illum uers. interpretati sunt. Nonnulli intelligunt eo casu loquutum esse Vlpianum, cùm aliquid adijcitur in quantitate,itaque dicunt illa uerba ex sequenti.§.esse declaranda,ut Hugo. & Iacobus Butr.Mouet uerò illos dictio,aliquid, quæ substantiam, & non qualitatem uidetur exprimere. Contra uerò Petrus intelligit,quando non in quantitate,sed tantùm in qualitate uariatum est,ueluti si simpliciter interrogatus,uel Kalendis,responderit sub cõditione,uel Idibus se daturum,aut è conuerso,ut habetur in §.proximè præcedenti. Nã si consentiretur in diuersam quantitatem, absurdũ fore dicebat,ut noua stipulatio, quã ex hoc consensu induci Vlp.tradit,nullam præcedentem interrogationem contineret. Verùm Ioannes,& Azo,quem Accurs.Dynus,Bart.& alij frequentius sequuti sunt, putarunt hanc decisionem generaliter, atque absolutè accipiendã esse, ut procedat, siue in quantitate,siue qualitate uariatũ sit,ideoque tàm ex sequentibus, quàm ex præcedentibus uerbis esse declarandam.Qua interpretatione retenta Accurs.ibi in uers.uitiatam,ac curatam hac de re distinctionem tradit. At quoniam illud uidebatur obstare, quod Petrus animaduertebat,futurum scilicet,ut præcedens interrogatio, utpote quæ diuersam contineret quantitatem,ad nouam stipulationem nihil pertineret, ac propterea noua illa stipulatio interrogatione careret. Respondet ad hoc Bart.ibi nu.2.uers.preterea probemus, non esse illam ueram stipulationem,sed potius fictione iuris uideri contractam. Ac porrò ad id satis esse quamcunque præcedere interrogationem, ex qua magis deliberatus respondentis animus aliquo pacto arguatur,licet nõ illud prorsus cõtineat, quod in responsione comprehensum est.Preter tres istas,non uidetur alia ulla interpretatio ad hunc uers.afferri posse,sed quam potissimum ex his tribus nos amplectemur? Videtur certè primo aspectu probabilius (idq; & Francisc.Duarenus probat) quod Petrus dice-
5 bat,in die tantùm,uel conditione,aliaue simili qualitate uariasse contrahentes, in eo uerò quod ad substantiam stipulationis pertinebat,nihilo minus consensisse. Nam multo magis consentaneum est,hoc casu sequuta demum acceptatione conualescere stipulationem,quàm cùm res noua in obligationem deducitur,uel maior quantitas quam cõtinetur in interrogatione.Verùm,ut Azonis, & aliorum sententiam magis probem, qui generaliter illa uerba intelligunt, etiamsi in quantitate uariatum sit,facit §.preterea Inst. de inutil.stipulat. Præterea inutilis est stipulatio,si quis ad ea quæ interrogatus fuerit,nõ respondeat,ueluti si quis decem aureos à te dari stipuletur,tu quinque promittas,uel cõtra.Aut si ille purè stipuletur,tu sub conditione promittas,uel contra. Animaduerto eũ ibi casum proponi,cùm stipulanti decem quinque promittuntur,sicq; cum maiori sum-
6 mæ minor inest,& tamen decidi inutilem esse stipulationem,contra quàm respondeat, Vlp.in §.si stipulanti,qui post hunc nostrum uers.proximè subsequitur. Itaq; ne sibi hæ

leges

ac responsionis. Nam uerè ibi adest non tantū responsio, sed etiam præcedens interrogatio, quæ quāuis non illud ipsum contineat, quod responsum est, & quod posteà placuit, tamen quemadmodū pacta incontinenti apposita stipulationi inesse creduntur. l. lecta. §. dicebam. ff. si cert. petat. ita hîc assensus ille ab interrogante posteà præstitus, ipsi interrogationi censetur inesse, atque illam quasi renouat, redditq; responsioni conformē, unde fit, ut noua quodāmodò stipulatio (queādmodum inquit Vlp.) contracta esse uideatꝰ. Quod tamen non eò dico, quia putem in stipulatione indistinctè illud esse recipiendum, quod docet Accurs. in l. Pomponius §. rati. ff. de procurat. paria esse quod uel in actu ipso, uel incontinenti post actum aliquid fiat (qua de re latè Iason in l. non solùm. §. morte nu. 23. ff. de noui oper. nunc. ac recentiores in d. l. lecta.) Rectè enim docet Bart. in l. 2. §. prius. ff. de vulg. & pup. non esse illi regulæ locum, quoties quæ præposterè facta proponuntur, ad alicuius actus formam pertinent, quemadmodum ordo interrogationis & responsionis spectat ad formam stipulationis. Sed hoc postremum, ita in stipulatione accipiendum est, ut non propterea hæc ipsa interpretatio excludenda sit, quam nobis expressim ab Vlpiano traditam uidemus. Iam uerò ex hoc quod conclusum est, præposterum ordinē interrogationis, & responsionis uitiare stipulationem, Iason inf. in l. 1. in princ. nu. 19. aliam magis particularem cōclusionem deducit, ut quod
9 simpliciter hucusq; traditum fuit, ad fori, iudiciorūq; usum accōmodet. Si publico aliquo instrumento (inquit) scriptum sit, Titium promisisse decem, ac deinde in eodem instrumēto interrogatio quāuis incontinenti subijciatꝰ, stipulatio inutilis est. Quod ipsum probari dicit ex ijs, quæ docet Bart. de ordine interrogationis, ac responsionis. Nō puto ego absolutè Iasoni assentiendū esse, siquidē permagni refert, quomodo accipiatur id quod ipse ponit, subiectā scilicet fuisse interrogationē. Quare ut rectiùs, ac magis distin
10 ctè hoc totum intelligatꝰ, ego hîc tres casus distinguo. Primus est, cùm notarius posteaquā de responsione dixit, de interrogatione simpliciter mentionem habet, non tamē expressim dicit præcessisse respōsionē, atq; interrogationem subsequutā esse. Secūdus quādo expressim quidem dicit præcessisse responsionē, ac sequutā esse interrogationem, sed id ita exprimit, ut si inuicē permutentur interrogatio, & respōsio, & loco unius altera ponatur, possint quantū ad reliqua, & sensus, & structura uerborū conuenire. Tertius, cùm præposter iste ordo interrogationis, ac responsionis, ita fuit expressus, ut non possit eiusmodi permutatio fieri, quin reliquæ orationis partes aduersentꝰ. In quibus singulis casibus sat facilis mihi uideatꝰ huius quæstionis determinatio. In primo contra Iasonē sentio propter illā rationē, quā ille ipse obijcit contra propriā sententiā, ac non rectè posteà diluit, dū dicit uerba in instrumēto stipulationis nō posse interpretatione iuuari. Siquidē
11 æquiuocat ipse, & quod de stipulatione verè dici potest, falsò affirmat etiā de instrumēto, quo probatꝰ stipulatio, quasi uerò idē hæc sint stipulatio scilicet, atq; instrumētū, quo ipsa probatꝰ, quæ tamē maximè inter se diuersa esse cōstat, ut & nostri interpretes non semel animaduertunt; Bart. l. 1. nu. 27. ff. si cert. pet. & in l. si quis legatū col. 2. ff. de falsis. Decius in cons. 17. nu. 3. Quapropter licet nō possint uerba contrahentiū in stipulatione, tñ uer-
12 ba notarij in instrumento interpretatione iuuari, atq; ad sanū, rectūq; sensum redigi pñt. Argumento sunt quę ipse refert ex Cyno, & Baldo in l. cum testamēto. §. 1. ff. de hæred. instit. Concludūt. n. ex ea lege, quoties in eodem instrumēto, uel diuersis, duo fortè, uel plura reperiuntur, illud semper uideri præcessisse, quod præcedere debet, ut quod gestum est omni ex parte ualeat. Itaque si uel eodē, uel diuersis instrumentis comprehensum sit patrem filio aliquid donasse, Itemq; filium ipsum emancipasse, credetur prius

emancipatio facta, cum altoquin donatio, utpote filio in potestate facta non ualuisset, ut docet Bart. in l. frater à fratre col.ult. ff.de condict. indeb. Alex. in l. diuortio in princ. in 4. col. iuxta finem.ff.solut.matrim. Item in l.2.§.prius.ff.de vulg. & pupill. & in cons.446.incip. lecto & discusso,necnon & ipse Iason in l. ult.col. penult. nu.35. C. de edict. diui Adri. tollend. Hoc idem & de pluribus exceptionibus in eadem scriptura confusè propositis, eas nimirum ad consonum sensum redigendas esse,affirmat Bal. in l. exceptionem col.3.de probat. post Bart. in l. quidam consulebant col. 2. in fin. ff. de re iudic. Hucq; etiam spectant, quæ tradit Bart. in l. Scæuola col. ult. & in l. Marcell.§.quidam liberis nu.10.ff.ad Trebell.in l.contractus.C.de fide instru.& in l. ut iurisiurandi,post Accurs. ibidem.ff.de op.lib. Ac tanto certè magis hæc concedenda erunt, quando termini qui proponuntur erunt eiusmodi, ut per se ordinem quendam demõ 13 strent;Et de institutione, & substitutione dicit Iulian. in l.cùm testamento.§.hæc uerba. " ff. de hæred. instit. Hæc uerba; P. Mæuius, & Caius inuicem substituti hæredes mihi " sunto, sic interpretanda sunt, ut breuiter uideatur testator tres instituisse hæredes, & eos inuicem substituisse, perinde ac si ita scripsisset,ille,& ille instituti hęredes, & substituti sunto. Eiusmodi uerò sunt hi duo termini interrogatio, & responsio. Nam sicut substitutio non dicitur, nisi præcedat institutio, ita non uerè dicit̃ responsio,nisi p̃cedat interrogatio. Itaq; non malè argumentatur Ripa dum considerat multo rectiùs demonstrari factam esse stipulationem, quando non solum de promissione mentio fit,sed etiam de interrogatione, quàm cum de sola promissione; atque eo tamen casu probari 14 stipulationem non ignoramus.§.si scriptum, instit.de inutil.stip. Nam licèt hîc prius responsio usurpetur, ac deinde interrogatio, tamen horum uerborum natura satis demõstrat, quo ordine accipienda sint, ut Iuliani autoritate demonstratum est. Itaque nulla in re alia uidetur obesse huius ordinis peruersio, nisi quia scripturam minùs dilucidam, ac minus decoram reddit. Quanquam etiam qui dicendi flores sequuntur præ" posterè interdum nonnulla exprimunt, ut Verg. cum inquit. Postquam altos tetigit 15 " fluctus, & ad æquora uenit, atque alibi apertiùs. Et torrere parant flammis & fran" gere saxa. Quam dicendi figuram & apud nostrarum legum autores in usu esse annotat Accurs. multis in locis, nempè in l.2.§. labeo in uerb.minus.ff.de incend. ruin. & naufrag. in l. iurisgentium.§. utrum.ff.de pact. in l.riparum.ff.de rerum diuis. quanuis ex illa lege non rectè hoc colligat. & in §. littorum quoque, inst. eod. tit. de rerum diuis. Quid modò si notarius non tantùm de interrogatione posterius meminerit, ut in hoc primo casu, sed expressim dixerit præcessisse responsionem, & sequutam esse interrogationem? Ego tunc crederem præsumi notarium errore ductum pro interrogatione responsionem, contraq; pro responsione interrogationem usurpasse, si modò huic pręsumptioni orationis structura nulla ex parte aduersetur, ut erat secundus casus à nobis paulò antè propositus, atque hac ratione concluderem stipulationem ualere. Huic porrò interpretationi maximè fauet illa coniectura, quòd cùm partes ea de re publicum instrumentum fieri curauerint, non possunt uideri, non in animo id habuisse, ut efficacem obligationem inducerent, id quod ea ratione maximè se facere posse intelligebant,ut interrogationis, ac responsionis solemnitatem adhiberent. Proinde si ipsi hac de causa solemniter interrogasse, ac respondisse creduntur,reliquum est, ut errasse notarium præsumamus, dum interrogationis,& responsionis ordinem immutauit. Id quod etiam facilè in omni sermone,contingere uidemus. Eoq; fortior hæc 16 præsumptio est, quia stipulationis ualiditati fauet, Quocunque enim modo coniectura

sumatur,

ſumatur, per quam ſuſtineatur id quod geſtum eſt, ſemper illa fortiſſima eſt, ut oſtendit Decius in l. poſtquam liti nu. 24. C. de pact. & in conſ. 77. col. 3. Ideo autem diximus
17 ſtipulationi fauere hanc coniecturam, quod notarius erraſſe credatur, quia errore notarij non uitiatur ſtipulatio, ut perſpicuè docet Sæuola in l. ſi librarius. ff. de reg. iur. Si librarius in tranſcribendis uerbis ſtipulationis erraſſet, nihil nocere, quo minus & reus & fideiuſſor tenerentur. Conueniuntq; etiam alia nonnulla exempla, quibus docemur non debere eiuſmodi errores, qui notariorum incuriæ tribui poſſunt, nobis ipſis præiudicium afferre, ut ſi notarius ſcripſerit, patrem filię relinquere centum iure reſtitutionis, cùm dicere debuiſſet, iure inſtitutionis, uel cùm uellet dicere, pro ſua legitima, dixerit, pro ſua falcidia, uel ſi pro Velleiano, Valerianum uſurpauerit. Ita enim paſſim noſtri interpretes concludunt Bald. in l. ſi cùm ante. C. de donat. ante nupt. in verſ. & per hoc conſului. Decius in d. l. ſi librarius. ff. de reg. iur. Iaſon in authent. nouiſſima nu. 30. C. de inoff. teſtament. Poſtremò eum nobis caſum conſiderandum propoſuimus, cùm tàm clarè expreſſum eſt, præceſſiſſe interrogationi reſponſionem, ut
18 non poſſimus intelligere hoſce terminos per errorem fuiſſe tranſpoſitos, quin ſenſus & ſtructura uerborum huic interpretationi aduerſetur. Et hoc ſolo caſu concedimus uerum eſſe id quòd abſolutè Iaſon affirmabat, inutilem ſcilicet eſſe ſtipulationem. Neque enim tàm facilè contingit, in tota ſtructura uerborum, ut in uerbis tranſponendis, notarium erraſſe. Itaque hoc modo poteſt procedere, quod dicit Bart. in d. l. ſi librarius. ff. de reg. iur. non poſſe quidem notarij errorem nobis obeſſe, ſed tamen in dubio illum erraſſe non præſumi, ac proptereà alleganti hunc errorem probandi onus incumbere. Quoties enim contra non extant probabiles aliquæ & legitimæ coniecturæ, pro
19 notario ſemper præſumitur, ut probat c. ad audientiam. extra de præſcript. uarijſque etiam in locis noſtri interpretes inculcant. Bald. & Ang. in l. errorem col. 1. C. de teſtament. Idem Bald. in l. Imperator, in princ. ff. de ſta. homin. & in l. 1. iuxta fin. ff. de priu. dot. nec non, & in l. mater col. 2. verſ. prætereà uerba C de rei uendic. Proinde
20 ne ſatis eſſet eum ſemiplenè probaſſe, qui hoc caſu notarij errorem allegaret, ſed liquidæ, ac plenæ ab illo probationes exigerentur; alioquin ſemiplenè probanti non deferretur iuramentum, in defectum probationis, ut inquit Abbas in c. quia ueriſimile. arg. illius text. extra de præſumpt. Ang. in l. ult. ff. de eo quod met. cau.

ARGVM.

QVid ita lege inductum ſit, ut non niſi interrogatione præcedente & ſequente reſpōſione ſtipulatio conſiſteret. Et an ſaltem conſuetudine hic ipſe ordo remitti poſſit.

1 Qui interroganti reſpondet, magis deliberatò cenſetur reſpondere.

2 Multa dicuntur, quæ non animo obligationis, diſpoſitionisve inducendæ fuiſſe dicta exiſtimari debent.

3 Communis rationis neceſſaria declaratio.

4 Non eſt neceſſe ordinem interrogationis, ac reſponſionis, eſſe concludens argumentum animi deliberati, ut communis ratio ſuſtineatur.

5 Cur non receptum fuerit in ſtipulatione, ut ex interuallo ad interrogata reſponderi poſſet.

6 Diluuntur ex prædictis, quæ contra communem rationem obiici ſolent.

7 Exceptionis & retentionis non ea cauſa eſt, quæ uulgò exiſtimatur.

8 Falſum eſt iure Pontificio oriri actionem ex pacto nudo.

9 Poſſit ne conſuetudine remitti ordo interrogationis, ac reſponſionis.

AA 2 Legis,

CAP. XXXII.

POsteaquam uidimus non seruato ordine interrogationis, ac responsionis non consistere stipulationem, proximum est, ut uideamus qua ratione id lex uoluerit esse in stipulatione necessarium. Quærit hoc idem Castrens. in hac Rubr. in 5. quæst. Atque eam rationem affert, quam & Bart. sentit in l. 1. §. si quis simpliciter nu. 2. in fin. inf. eod. Dicit enim facere præcedentem interrogationem, ut qui respondet, ma 1
gis deliberato animo promisisse uideatur, quam si alia ratione promisisset. Idq; satis nos docet experientia rerum (ut vulgò dicitur) magistra. c. quam sit, de elect. in 6. Quandoquidem uidemus solere alioquin multa multos improuidè offerre, non oblaturos forsan ijs, quos accepturos existimarent. arg. l sciendum. §. ea autem sola. ff. de ædilit. edict. c. literarum, extra de uoto. Quod non tantùm in materia contractuum, sed etiã ultimarum uoluntatum, atque alibi persæpe admonemur, ut non omnia uerba animo 2
obligandi, aut in modum disponendi interpretemur fuisse prolata. l. literæ. ff. de iur. codicill. & §. planè, vers. is ergo miles, inst. de iure codicill. cum alijs ibi allegatis. Hanc rationem Bartoli, & Castrensis probat hîc Alex. nu. 13. & 14. Item Socin. nu. 16. atque alij communiori consensu. Eandem sequitur etiam Lud. Roman. cons. 366. & 391. vbi hac ipsa ratione concludit, non posse confessionem illam, erroris specie reuocari, quæ aduersarij positioni facta fuerit, cùm enim initiò non sponte, sed instante aduersario fiat, idcircò uidetur magis certum, ac deliberatum confitentis animum indicare. Nos quoque hanc communem rationem, ut uerissimam amplectimur, putamus tamen adhi 3
bendam esse illi quandam declarationem, quam uel facilè unusquisque per se colliget ex ijs, quæ nos supra docuimus cap. 10. Vt dicamus non quidem semper deesse animum obligandi, quoties deest interrogatio. Item nec necessariò semper eum qui interroganti respondet, animo prorsus deliberato esse, ut obligari uelit. Nam hoc modo non potiùs stipulatio, quàm alia quælibet conuentio iurisciuilis esset, ut nec pacti nudi inefficacia, quam tamen ipsi iuri ciuili tribuendam esse plenè, nos supra (quanuis contra aliorum sententiam) demonstrauimus. Verùm nostrarum legum autores, dum studerent quammaximè generales (quantum ad efficaciam obligationum) regulas constituere, notulã nobis quandã, ac quasi tesserã tradere uoluisse, uidentur qua qui uterentur deliberato animo crederentur promisisse, alij uerò secus. Itaque signum, quod nobis leges huius rei causa præstiterunt, non est necesse per se quoque anteà, & sola ipsius natura inspecta, eiusmodi fuisse, ex quo posset illud ipsum necessariò colligi, quod post illam ipsam legis destinationem cœpit indicari. Proptereà ergo cùm quærimus qua ratione lex uoluerit potiùs, ex ordine interrogationis, ac responsionis, quàm ex alia quacunque solennitate efficacem obligationem induci; ac dicimus hoc ideò factum esse, quia ex præcedente interrogatione magis animus deliberatus colligitur, non proptereà dicimus hunc ordinem interrogationis, ac responsionis, si per se consideretur, ac non tanquam stipulationis solemnitas, eius rei necessarium argumen- 4
tum esse, sed satis nobis erit illud demõstrasse, nullũ aliud probabilius signũ esse, ex quo colligi

colligi poſſit,eũ qui promittit,uelle ſeſe obligare,ut paulò ante demõſtratũ eſt. Quod verò anteà ſolaq; rerũ natura inſpecta,probabile fuerat, nimirũ vt qui interrogatus ſtatim ꝑmitteret,deliberato animo promitteret, id poſteà accedente legis adminiculo, ac præſumptione vſq; adeò certum effectum eſt, vt nulla contraria probatio poſſit impedire, quominus ſtipulatio inducatur,atq; ex ea oriatur actio,quamuis hæc actio exceptione tolli poſſit, vt in l. 2.§. circa.ff. de dol. except. Potuerat quidem lex quodcunq; aliud ſignum ita amplecti, vt ex eo nihilominus propter legis fomentum efficax obligatio oriretur, ſed multo conuenientius fuit,id ſibi legem proponere,quod per ſe etiam deliberati animi præſumptionem afferret.
5 Quæ præſumptio,vt tanto probabilior eſſet, non ſatis habuit interroganti reſponderi, ſed voluit eodem contextu adhiberi reſponſionẽ. Quandoquidem ſi temporis interuallum aliquod intercederet, fieri poſſet,vt qui prius interrogauerat, iam mutaſſet voluntatem, fortè quia ſtomachatus eſſet, ſibi non ſtatim fuiſſè promiſſum, vt aduertit hìc Ripa, nu. 2. vel quia alia aliqua ratione poſſe ſe rebus ſuis proſpicere animaduertiſſet, ita vt non amplius re illa indigeret, quam primò in ſtipulatum deduxerat:quod de eo non præſumitur qui ſtatim reſpondet. Poſteaquam verò hæc ſolemnitas (vt dixi) à lege fuit inducta, hunc obligandi deliberatum animum, non tàm ea ratione præſumimus, quia ita rerum natura exigat, vt per ſe veriſimile ſit, velle obligari eum qui hoc modo reſpondet: ſed quia ita lege conſtitutum eſt, vt qui hoc modo promiſerit,deliberatè promiſiſſe exiſtimandus ſit, ideoq; poſſit,vel inuitus ad ſoluendum compelli.
6 Hinc porrò facilè diluuntur omnia, quæ huic cõmuni rationi obijciuntur. Nam quod obijcitur poſſe etiam illum, qui non interrogatus promittit,animo deliberato promittere, nihil ad rem pertinet, ſatis eſt enim in dubio rectiùs hoc de illo præſumi poſſe,qui futuri creditoris interrogationi reſpondet,vt in cõſtituenda ſtipulationis ſolemnitate,hoc potius quã aliud ſignũ nobis lex proponere debuerit. Non obſtat prætereà,quod hac ratione inſpecta poſſet concludi (vt noſtri dicunt) ex pacto nudo non oriri naturalem obligationem, ideoq; nec rectè ex eo retentionẽ, atq;
7 exceptionem concedi: nam reſpondeo, exceptionis,ac retentionis cauſam longè aliam eſſe,ac Doctores exiſtiment,eam verò conuentionibus planè omnibus,quantumuis nudis ſemper ineſſe, vt ſupra à nobis pleniſſimè demonſtratum eſt, dũ de obligationibus generatim loquuti ſumus. Vt verò actio oriatur, vim æquitatis maiorem lex expoſcit, quæ poſt inuentam verborum ſolemnitatem,pactis nudis nunquam creditur ineſſe, vel ſi aliquando ineſſe poſſit, niſi de illis pactis loquamur, quæ ſpeciatim ipſa lex certis cauſis adducta,tanquam legitima approbauit, l. legitima. ff. de pact. l. ad exactionem,cùm ſimil. C. de dot. promiſſ. Neq; obijciatur (vt nonnulli obiiciunt) debuiſſe non in certis tantùm caſibus,ſed ſemper dari actionẽ ex pacto nudo,quoties deliberati animi præſumptio aliqua extat. Nam ſi loquamur de actione ex ſtipulatu, clarum eſt eam non poſſe competere, quia præſumptio animi deliberati,ſtipulationis ſolemnitatẽ non perficit;Si verò loquamur de actione in factum,fateor illam dari debere, quoties ex cauſis, & perſonis colligi poteſt, æquitatem expoſcere,vt promiſſor ad ſoluendum compellatur, arg. l. vlt. ſupra tit. prox. Quoties verò verborum ſolemnitas adhibita eſt,hoc ſatis argumenti eſt, ex quo concludamus eiuſmodi æquitatem adeſſe, atq; hoc ſolo lex contenta eſt, Imò vel ſi contrarium demonſtretur, non proptereà tamen lex denegat actionem, ſed tantùm exceptionem concedit. Non obſtat poſtremò quod dicitur, ideo ſemper in pacto etiam nudo animum deliberatum ineſſe oportere, quia videmus

iure

Iure Pontificio ex pacto nudo actionem oriri, ut frequentiùs receptū est, nos enim hoc 8 assumptum minimè admittimus; nam neq; in illo c. 1. extra de pact. unde uulgò illud elicitur, neq; alibi usquam probatur, Imò & rationi penitus aduersatur, ut supra à nobis satis superq; demonstratum est. Restat nunc ultimum ex ijs tribus, quæ de ordine interrogationis & responsionis supra proposuimus; Vtrùm scilicet huius ordinis necessitas consuetudine remitti possit. 9 Habet in hac quæstione sententia affirmatiua, autores non contemnendos, nempe Bald. in l. de quibus. ff. de legib. Aretinum infra in l. 1. nu. 7. circa medium col. 4. atq; ibidem Socin. nu. 3. Mouet Aretinum maximè manumissionis exemplum. Siquidem uerba quæ in manumissione antiquitùs necessaria fuerunt, ita consuetudine mox remissa fuerunt, ut posteà per lictores domino tacente manumissio expediri soleat, l. manumissio per lictores. ff. de manu uind. Nullam uerò existimat diuersitatis rationem afferri posse, cur potiùs in manumissione, quàm in stipulatione uerba solemnia consuetudine tolli potuerint. Nec quicquam sanè obstat huic argumento, quod nonnulli dicunt, fuisse in manumissione illam consuetudinem expressim lege approbatam. Nam Hermogenianus in d. l. manumissio, utpote qui condendæ legis facultatem non habebat (ut aliàs demonstrauimus) id tantùm in animo habuit, ut consuetudinem iam inductam testaretur, non autem ut pro lege illam approbaret, quemadmodum etiam ipsius uerba liquidò ostendunt. Sed tamen alia de causa parùm stringit hoc argumentum, ut paulò post dicemus. Argumentatur prætereà Socinus à lege ad consuetudinem. Nam si lege (inquit) potuit induci, ut absq; uerborum solemnitate rectè fieret stipulatio ut in l. cùm ostendimus. §. ult. ff. de fideiuss. tut. tantundem poterit etiam consuetudo, cùm nihil intersit suffragione populus seu Princeps uoluntatem 10 suam declaret, ut in lege fit, an rebus ipsis, & factis, ut fit in consuetudine. Et ita argumentatur Iulian. in l. de quibus. ff. de legib. At non rectè probat Socin. minorem huius Syllogismi propositionem, nimirum lege expressa, posse ex stipulatione tolli uerba 11 solemnia. Quandoquidem illa l. cùm ostendimus. §. ult. quam solam ad hoc probandum ipse adducit nihil probat, quod non eò dico quia ibi nulla concurrant, ut recentiores nonnulli respondent (nam si posset eo modo lex facere, ut sine ordine interrogationis & responsionis stipulatio consisteret, posset etiam hoc facere illis non concurrentibus) sed quia nulla ibi adest stipulatio, ut supra demonstrauimus, quamuis Vlp. existimet actionem utilem in factum dari oportere. Atq; ex hoc corruit etiam illud argumentum, quo solo adductus Bald. in d. l. de quibus, hanc sententiam amplectitur, cùm considerat ex nudis pactis, in quibus interrogationis & responsionis ordo non seruatur, si modò illa fuerint à lege approbata, actionem oriri l. legitima. ff. de pact. non enim negamus quin possit actio competere, etiam ubi non adsit ordo interrogationis & responsionis, sed tamen ubi is desit, negamus stipulationem posse consistere; Explicatione potiùs quàm disputatione uidetur mihi hæc res indigere. Itaq; cæteris omissis quæ dici possent, exponam breuiter quid ego sentiam. Ego minimè dubito, quin de consuetudine idem ac de lege affirmandum sit, cùm parē utriusq; uirtutem esse cōstet d. l. de qui 12 bus. ff. de legib. Cùm uerò quærimus utrùm queat lex in stipulationibus remittere ordinem interrogationis ac responsionis, duobus modis hoc accipi posse animaduerto: Primò simpliciter & hoc modo nego id legem posse facere, nam licèt possit stipulationem penitus è medio tollere, licèt etiam possit alium aliquem actum inducere, atq; eum stipulationis nomine appellare; tamen si uelit ex ea stipulatione, de qua nunc loquimur

tollere

tollere ordinem interrogationis ac responsionis; & tamen stipulationis substantiam retinere, hoc nihil aliud erit, quàm aut testamenti in specie sumpti retinere substantiam sublata hæredis institutione, aut emptionis, & venditionis, sublata conuentione, de re, & pretio; aut deniq; hominis sublato discursu, atq; ratione, ac sanè clarius hoc est, quàm vt in eo diutiùs sit nobis persistendum. Alio insuper modo possumus intelligere hoc quod dicitur lege, vel consuetudine tolli ex stipulatione ordinem interrogationis ac responsionis, nempe si lege, vel consuetudine esset inductum; vt non esset quidem necessarium hoc ordine exprimi verba in stipulatione: sed tamen tanq̃ eo modo expressa acciperentur, atq; in his terminis loquitur Hermogen. in d. l. manumissio, vbi; Verba (inquit) solemnia, licèt non dicantur, vt dicta accipiuntur. Tum vero crederem hunc ordinem posse remitti, ac nihilominùs ipsius stipulationis, & nomen, & substantiam retineri, quandoquidem licèt verè desint verba solemnia, tamen inspecta legis interpretatione, seu præsumptione, quæ contrariam probationem non admittit, nihil planè deesse existimatur. Atq; ita crediderim sensisse Benedictum de Plumbino, cuius meminit
13 hìc Socinus, in d. l. manumissio, dum legis illius decisionem applicat ad castellanos arcium, qui ducunt fideiussores ad cameram Principis, vbi describuntur præsentes, & tacentes, aitq; illos perinde obligari, ac si principe interrogante respondissent. Videtur hoc idem mihi iam communi omnium vsu propemodum fuisse receptum; nam quia lege cautum est, ut quoties in instrumento scriptum est promisisse aliquem, perinde habeatur, atq; si interrogatione præcedente responsum esset. §. si scriptum Inst. de inutil. stip. Propterea rarò videmus hodie in stipulationibus interrogationē ac responsionem re ipsa adhiberi. Satis enim habetur, quod notarius scripserit prædicta omnia per solemnem stipulationem sibi inuicem partes promisisse. Quod verò in instrumenti scriptura receptum est, non uideo cur non, & ad alios casus consuetudine possit extendi, vt quoties hoc vel illud interuenerit omnia solemniter acta credantur.

ARGVM.

AN sicut aliud quodcunq; factum, ita etiam factum contrahendi in stipulatum deduci possit, ita vt tàm ex stipulatione, quàm ex illo contractu actio oriatur; Vt cùm dictum est vendis? vendo. locas? loco. Item & in alijs contractibus, quæ interpretatio sumenda sit, quoties duo vel plures simul concurrere videntur.

1 Non debent in diffinitione generis exprimi differentiæ spetierum constitutiuæ.
2 His verbis daturum, facturumuè à cæteris obligādi modis stipulatio separatur.
3 Variæ stipulationum diuisiones.
4 Quænam inter cæteras stipulationū diuisiones potissima sit.
5 Tripartita verborum ratio, quæ cum in stipulatione tùm etiam in quacunq; conuentione adhibentur.
6 Stipulatio inducitur, cū quis interrogāti, promisit se venditurum, vel locaturū.
7 In stipulationibus nō semper necesse est, verba in futurum esse concepta.
8 Receptior sententia est his verbis vendis vendo non tantùm induci venditionem, sed etiam stipulationem.
9 Tertia quædam opinio refertur, ac reprobatur.
10 Duplici ratione plures simul contractus iungi possunt.
11 Multarum legum quasi conflictus, quarū aliæ negant ex vnico actu plures cōtractus oriri, aliæ verò id affirmare vident̄.
12 Concursus depositi & mandati.
13 Mutui & mandati.

14 Emptionis

CAP. XXXIII.

HAbet prætereà Põpon. in hac sua diffinitione verba illa. DATVRVM, FACTVRVMVE, quibus, ostendit stipulationis vtilitatem, nullis limitibus esse restrictam, sed esse stipulationem generale remedium, ad quascunq; obligationes inducendas opportunum, siue illæ in dando, siue faciendo consistant. Itaq; licèt primo aspectu videantur hæc verba, varias stipulationis species indicare, neq; soleant in generis diffinitione exprimi eiusmodi differentiæ specierum (vt ita loquar) constitutiuæ: 1
tamen verà hac adiectione Pompon. non tàm stipulationes inter se distinguere voluit, quàm eas ipsas à cæteris omnibus contractibus, & conuentionibus separare, cùm nulla alia sit obligatio, quæ tam latè pateat, vt ad omnia prorsus rerũ contrahendarum gene- 2
ra accommodetur, siue dari, siue fieri quid oporteat. Nam cætera omnia, vel in dando tantum consistunt, vt mutuum, vel in faciendo, vt mandatum, conductio, & similes, sed quod generatim, atq; indistinctè in omnibus speciebus adhiberi possit, cùm ad aliquid vel dandum, vel faciendum nobis alium volumus obligare, nullũ planè aliud remedium, præter stipulationem reperiemus. Verè etiam dicere possumus, ideò Pomponium hæc uerba hìc apposuisse, ne vlla ex parte deficere hæc diffinitio videri posset, sed omnes planè stipulationes apertissimè cõplecteretur, quarũ generalis ea diuisio est, vt aliæ in dando, aliæ in faciendo consistant l. 2. in princ. infra eod. Si enim simpliciter dixisset, debere eum qui interrogatur promittere id de quo interrogatus est, potuisset aliquis forsan existimare, hisce verbis non factum momentaneum, sed tantum subsistens quiddam indicari. Præter hanc stipulationum diuisionem, quam nobis huius diffinitionis verba demonstrant, alias insuper nonnullas habemus, variè, ut subiecta materia exigit, à Iurisconsultis traditas. Diuiduntur enim alio modo stipulationes, vt quædam sint diuiduæ, quædam indiuiduę l. 2. §. & harum, vsq; ad finem legis, cum duabus ll. sequentibus, &

l. stipu-

l. stipulationes non diuiduntur, quam totam nos diuisionem infra in. §. Cato accuratè declarabimus. Aliter etiam stipulationes diuidit Pompon. infra in l. 5. antequam ad hanc ipsam stipulationis definitionem deueniat; inquit enim: alias esse stipulationes iudiciales, aliàs prætorias, alias conuentionales, alias denique communes, nempe & prætorias & iudiciales, cuius diuisionis singula membra diligenti explicatione ibidem prosequitur. Caius quoque infra eod. in l. stipulationum, diuisionem tradit à superioribus omnibus planè diuersam; aitque stipulationum quasdam esse certas, nimirum cùm ex ipsa pronunciatione apparet, quid, quale, quantum sit, quod in stipulatum deducitur, ut si quis stipuletur, tritici Aphrici optimi modios centum: alias uerò incertas, quoties scilicet ex ipsa pronunciatione id non apparet, ut si stipuleris hominem in genere, uel frumentum, non adiecta certa quantitate, uel aliud aliquid eiusscemodi.
4 Sed quare (inquies) ex his omnibus diuisionibus unam tantùm Pomponius expressit, reliquas prætermisit? Iam dictum est non id ipsi propositum fuisse, ut stipulationes diuideret, neque enim in definiendo consentaneum id fuisset, sed voluisse potiùs hac adiectione stipulationes ipsas à reliquis obligandi modis separare. At uel si maximè unam aliquam diuisionem exprimerè uoluisset, qua stipulationes omnes complecteretur, summa tamen cum ratione hanc potiùs, quàm aliam quamcumq; assumpsisset, quemadmodum & compilatores in huisce tituli legibus disponendis eam nobis omnium primam tradiderunt. Quandoquidem hæc ipsa diuisio proximè, atque immediatè ipsarum stipulationum subiectum attingat, cùm quicquid in stipulatum deducitur, id vel ad dominij translationem, uel ad factum ipsum semper referatur, quod uerò illud sit certum uel incertum, quod sit diuiduum uel indiuiduum. Item & quæ ad alias diuisiones pertinent, sunt potiùs accidentia quædam, & qualitates, quæ uel ex hoc potissimum æstimantur, unde prima hæc diuisio constituitur; vtrùm scilicet res an facta in stipulationem deducta sint, eò enim id spectat ut cognoscamus ad quod prædicamentum referatur id, quod per stipulationem promissum est. Sic iam uidimus qua ratione in hac definitione exprimantur illa uerba, daturum, facturumuè. Quod uerò in futurum potiùs, quàm instans aut aliud quodcunque tempus ea uerba concipiantur, ratio in promptu est. Quandoquidem ipsius negotij explicationem atque exequutionem respiciunt. Nemo est enim quem prætereat
5 tripartitam esse verborum rationem, quæ in stipulatione, atque adeo etiam in quacunque conuentione adhibentur. Alia enim dispositionem inducunt, atque hæc semper tẽpus instans debent indicare, ut promittis? promitto, spondes? spondeo & similia: alia exequutionem respiciunt, & hæc in futurum tempus concipienda sunt, ut daturum, facturum, iturum, ædificaturum, id quod & Accurs. aduertit in uerbo daturum. Idemque obseruandum est, etiamsi fortè uel dispositiua tantùm, uel tantùm exequutiua fuerint adhibita, ita ut alteris altera includantur. Nam semper nihilominus & dispositiua ad præsens tempus referenda sunt, vt habeo acceptum, profiteor te non teneri: exequutiua verò ad futurum, ut dabis? dabo, facies? faciam, & alia eiusmodi. Alia denique uerba in conuentionibus adhibentur, quæ neque dispositiua sunt, neque exequtiua, sed rem ipsam exprimunt, de qua conuenitur. Ac de his nihil certum statui potest. Siquidem ad uaria tempora contingit ea referri, pro earum rerum qualitate, quæ promittuntur, cùm & quæ habemus & quæ sumus habituri promittere soleamus, vt quod ex Arethusa natum erit, uel qui ex

tali fundo fructus percipientur l. ubi autem non apparet, infra eod. Iam uerò dubitari potest, nunquid Pompon. ea dictione, facturum, etiam contrahendi factum complecti uoluerit, ut emendi, locandi, & id genus alia: an uerò de ijs tantùm factis intellexerit, quæ nisi in stipulationem fuissent deducta, nullam per se obligationem producere potuissent. Atqui certè si ponamus uerba in futurum fuisse concepta ita vt quis promiserit, se uenditurum, locaturum, uel alio modo contracturum, nihil videtur esse impedimento, quo minus ex stipulatione oriatur actio. Siquidem uerba illa uendere & locare, quæ alioquin per se disponere potuissent, ideo non disponunt, quia 6
in futurum tempus concipiuntur: unde præter stipulationem nullus alius contractus inducitur. At cùm uerba instans tempus indicant, ut uendis? uendo, locas? loco, ita ut induci possit uenditio uel locatio, quæ solo consensu fiunt: magis est quod dubitetur, an etiam stipulatio inducatur, ex qua pariter agi possit; Neq; uerò ea ratione dubitandum est, quam hîc nonnulli afferunt, nempe quia non possit stipulatio contrahi, ni- 7
si uerbis in futurum conceptis: imò enim satis est, si quod in posterum explicari debet, sub uerbis dispositiuis, atq; instans tempus indicantibus, tacitè contineatur, ut cum dicitur, fideiubes, fideiubeo. §. in hac, inst. eod. Sed quod hîc affert dubitationem, illud est, quia nunquam uidetur ea interpretatio sumenda, ut ex uno eodemq; facto actus diformes inducantur, ut aduertit hîc Bald. Nouellus nu. 31. Quod ipsum & Accurs. sentit in l. certi condictio. §. quoniam. ff. si cert. petatur, ubi etiam Bart. in l. 2. in 2. notabili eod. ut. si cert. petat. Videturq; hoc probari ex l. die sponsaliorum. §. 1. ff. depositi, alijsq; item nonnullis quas paulò post adducemus. At non id satis expeditum est, neq; enim desunt aliæ leges, quæ probant, ex eadem facti specie, posse duplicem contractum induci: Et propterea illis primis videntur recto tramite aduersari. Itaq; facit huius rei difficultas, ut nostri interpretes in uarias sententias distrahantur. Baldus ipse Nouel. qui primus in hac rubrica, hanc quæstionem excitauit, licèt à permultis alibi tractatam, enixè defendit sententiam negatiuam col. 5. cum duabus sequentibus, nimirum ex his uerbis, uendis? uendo, solam uenditionem induci, non autem stipulationem, quam & Decius post Alex. amplectitur in l. 2. col. 2. & 3. ff. si cert. pet. At ipsius Baldi æmulus 8
Barth. Socinus non minore contentione contrarium defendere conatur, induci scilicet non tantùm contractum uenditionis, sed etiam stipulationis. Quod ipsum uel ab antiquioribus fuerat frequentiùs receptum. Ita enim senserant Iacob. de Rau. Cynus, Alber. de Ros. in l. hac consultissima. §. per nuncupationem C. de testament. Ludo. Rom. infra in l. 1. §. si quis ita, Raph. Cumanus in l. si stipuler, in fin. infra eod. ibique Alex. quoque sibi ipsi contrarius huic sententiæ subscribere uidetur, prout etiam in cons. 16. in 2. uolum. Atque hi omnes absolutè loquuntur, nec distinguunt, utrùm ita interrogauerim, promittis ne Stichum pro decem? uel potiùs hoc modo. uendisne? &c. Licèt videatur hîc Alciat. communem opinionem velle restringere, vt priore casu tantùm obtineat. Præter hasce duas, tertia insuper quædam extat opinio, 9
quam vt nouam adnotat hîc Mar. Socinus num. 244. ut dicamus neque vtrumque contractum induci, ut frequentiùs receptum est, neque uenditionem ut Bald. Nouellus existimauit, sed solam stipulationem. Cùm uideatur is qui interrogat, alterum quidem ut sibi uenderet, obligare, at non sese contra uenditioni obstringere uoluisse. Esset sanè probabilis hæc opinio, si quis alterum ita interrogasset, num se uẽditurum promitteret. At cùm dixerit uẽdis Stichum pro decẽ? sicut statim uoluit illum sibi obligare,

consequens est, ut & illi sese inuicem protinus obligauerit, cùm negotij quod geritur
ea sit natura, ut non aliter in alterius persona consistere patiatur obligationem, nisi alter
quoq; obligetur. Itaq; tertia hac reiecta opinione, uideamus utra ex prædictis duabus
magis recipienda sit. Quod vt planiùs intelligatur, illud ante omnia inuestigandum
est, quomodo possint simul concurrere duæ conuentiones, ac simul ita connecti, vt sin
gulæ illæ nihilominus efficacem obligationem producant. Neque uerò id nos eo mo
10 do tantùm considerabimus, si duo contractus una & indiuidua verborum conceptione
simul iungi uideantur, ut in his uerbis, uendis, uendo. Sed etiam si quacunque alia ra-
tione eòdem respiciat, ac sub eadem facti specie plura contineantur, quæ alioquin per
se singula singulos contractus inducere potuissent. Sicq; absolutè inquiremus, quòmo
dò in casu mixto sit sumenda interpretatio, ut uel unus tantùm uel plures contractus
inducantur. Quod ipsum & cæteri interpretes, in huius quæstionis disputatione attin-
gunt, sed non rectè profectò explicāt. Nam dum sibi inuicem cupidè aduersantur, mul
ta temerè effundunt, quæ à Iurisconsultorum sententijs alienissima sunt. Atqui certè hac
11 in re Iurisconsultos ipsos tàm varios reperimus, vt illi propemodum inter se dissidere vi-
deantur. Primò enim mixta quasi specie mandati & depositi, utrumq; illorum contra-
ctuum induci haud obscurè sentit Vlp. in l. si ego. §. ult. ff. de iur. dot. ubi; Si custo "
dia (inquit) marito committitur, depositi uel mandati agi poterit. Ergo & depositum "
12 & mandatum ibi constare necesse est, alioquin absurdum esset, liberè ex alterutro agi
posse. At contra leges extant apertissimæ, quæ hanc ipsam misturam depositi & man-
dati, ita interpretantur, ut solum unum contractum inducāt, scilicet mandati, ita ut
mandati tantùm agi possit. Vt l. 1. §. idem Pompon. & in. §. si te rogauero, cum. §. se-
13 quenti. ff. depositi. Ac de mutuo & mandato idem probatur in l. idemq; . §. si quis Ti-
tio. ff. mandati. In emptione quoq; eadem perplexitas cernitur. Est enim interdū cùm
14 emptio alterius contractus concursum admittere videatur, vt in l. 2. C. de pact. inter
empt. & uendit. ubi ad retrouendendum non tantùm ex empto agitur, sed etiam præ-
scriptis uerbis, quæ actio oritur ex contractu innominato; sicq; uidetur eadem facti spe
cies & emptionem & contractum innominatum complecti. At contra in l. 2. §. ult.
ff. locati, & in. §. item quæritur. Inst. de locat. ea sumitur interpretatione, ne cum
altera actione, actio exempto concurrat, quasi uerò id absurdum futurum esset. Præ-
tereà in l. cum dotem C. de iur. dot. liquidò probatur, posse uni & eidem facto dupli-
cem contractum inesse. At contrarium uidetur probari in l. si ità fuero stipulatus. §.
ult. cum l. sequent. ff. de nouat. ubi duplicis contractus substantia perfectè inest, &
tamen Pompon. & Vlp. unum tantùm contractum esse interpretantur. Postremò ut
propiùs ad quæstionis nostræ terminos ueniamus, quando scilicet stipulatio concur-
15 rit cum aliqua illarum conuentionum, quæ solo consensu perficiuntur: uidentur in
hoc quoque Iurisconsulti inter se dissentire. Siquidem Paulus in l. duo societatem. ff.
pro socio, ita loquitur ut absurdum iudicasse uideatur, ex societate simul & ex stipula-
tione, quæ pacto conuento societatis fuerat adiecta, posse actionem oriri, ideoq; eius
absurdi uitandi gratia aliam potiùs quamcunq; interpretationē quæsisse, nam ibi post
pactum conuentum societatis, quidam ita stipulati fuisse proponuntur: Hæc quæ su-
prascripta sunt, ea ita dari, fieri, neque aduersus ea fieri: Atque ita postmodò subie-
cisse feruntur, si ea ita data facta non erunt, tum uiginti dari. Quamuis hîc expres-
sim in stipulationem uideatur id quoq; deductū esse, quod in pacto cōuento societatis

continebatur, tamen contrariam interpretationem sumit Paul. vt non videatur res in stipulationem peruenisse, sed duntaxat pœna, atq; ex hoc sequi dicit, societatis iudicio agi posse, quasi uerò non posset simul & ex stipulatu,& societatis iudicio agi, si vtraq; „ res in stipulationem peruenisset, inquit ergo ipse: Non videri in stipulationem peruenis „ se, sed duntaxat pœnam, non enim vtrius rei promissorem obligari, vt ea daret, faceret, „ & si non fecisset pœnā sufferret: Et ideo societatis iudicio agi posse. Ergo ex hoc ostendit, si vtraq; res in stipulationem peruenisset, societatis iudicio agi non posse, & generaliter videtur loqui, etiam si non nouationis causa stipulati essent. Alioquin cogeremur fateri, non fuisse Paulum eam speciem complexum quando non nouandi animo vtraq; res in stipulatum deducta est. Videtur autem ab hoc dissentire Vlp. in l. 2. ff. de nouat. ubi generatim concludit, quoties cuicunq; contractui adijcitur stipulatio, duplicem obligationem induci, sicq; ex vtraq; causa posse agi, dummodò non hoc actum fuerit, „ vt prima obligatio nouaretur. Dummodò sciamus (inquit) nouationem ita demum fie „ ri, si hoc agatur, vt nouetur obligatio. Cæterum si hoc non agatur, duæ erunt obliga- „ tiones. Nos ergo quibus prædictas omnes difficultates explicare statutum est, ac simul etiā propositā quæstionem decidere; Vtrùm scilicet his uerbis, vēdis? vendo, sola venditio, an verò etiam stipulatio inducatur, nihil rectius facturi uidemur, quàm ut hasce omnes contractuum quasi mixturas, ad certa capita redigamus, atq; in ijs singulis explicemus, quomodo leges sumant interpretationem, ut uel unus uel plures contractus sint: Considerandum est è triplici fonte contractus oriri; Nam aut re perficiuntur, aut verbis, 16
aut consensu. Literas in præsentia missas facimus; siquidem illæ non per se obligationem inducunt, sed quatenus probant pecuniæ numerationem intercessisse, vt plenissimè alias declarauimus. Iam verò si conuentiones omnes, prout ex triplici fonte oriuntur, ita in tria genera diuiseris, ac deinde alterum genus, alteri copulaueris, sex inde combinationes, seu mixturas poteris animo concipere, quarum tres vniformes, 17
(ut ita dicam) ac totidem difformes erunt. Prima combinatio uniformis est, quoties in eodē facto videntur simul concurrere duo contractus, qui ambo consensu perficiuntur, velut si cum aurifice conueniam, ut ex auro suo certi ponderis, certæq; formæ annulos mihi faciat, & accipiat trecentos aureos, quò casu uidetur materiæ emptio, & uenditio, operæ autem, locatio, & conductio esse posse. Atq; hic habemus apertissimam Iurisconsultorum sententiam, qui non plura, sed unum tantùm negotiū esse interpretantur, vt in 18
l. 2. §. ult. ff. locati. & §. item quæritur. Inst. de locat. Neq; id sanè mirum, cum nec partes id in animo habuerint, ut duplicem obligationem inducerent, neq; utilitas ulla exigeret, ut lex, creditori duas eiusdem generis tribueret actiones, & quæ eodem prorsus spectarent. Altera esset combinatio uniformis, si iungerentur simul duo contractus re celebrati: Verū hoc fieri nullo modo potest, Quandoquidē eiusmodi contractus om 19
nes ita inuicē se habent, ut quod unius substantiā perficit, alterius substantiæ penitus aduersetur. Ecce enim cū deposito, uel cōmodato, in quibus nō trāsfertur rei depositæ, vel cōmodatæ dominiū, nō potest mutuū consistere, in quo transferri dominiū necesse est l. 2. §. appellata. ff. si cert. pet. Rursus nec depositū, & cōmodatum possunt simul concurrere, quāuis neutro illorum dominiū transferatur, quia depositum gratia dātis fit, commodatū uerò gratia accipientis, quę cum cōtraria inter se sint, in eodē subiecto simul esse nō possunt. Atq; hoc modo debemus intelligere formas cōtractuū incōpatibiles esse, 20
non quomodò intelligit Socin. hîc nu. 18. qui putat in l. 1. §. idē Pōpon. §. si te rogauero

cum

cum §. seq. ff. deposit. ubi de deposito & mandato agitur, formas contractuū esse incompatibiles. Neque enim omnia, sua natura incōpatibilia sunt, quæ legis interpretatione non simul in eadē facti specie inducuntur. Nā neque emptio, & locatio simul inducuntur, quoties ea sumi potest interpretatio, ut unum negotium sit; & tamen Cassius horū contractuum formas compatibiles esse iudicauit d. l. 2. in fin. ff. cōmod. At contractus, qui re perficiuntur, tam contrarias habent qualitates, ut ne facto quidem ipso consistere simul queant. Tertia posset considerari combinatio, eaq; conformis, si una atque ea
21 dem facti species plures contineret uerborum obligationes. At neque hoc lege permissum est: Nam si duæ ab ijsdem contrahantur stipulationes, quæ eodem planè respiciāt non nisi semel, qui promittit obligatur. Nec sanè iudici necesse est prospicere ne nisi semel soluatur, quia altera obligatio protinus, atque ipso iure nulla est, ut disertè tradit Pompon. in l. qui bis idem inf. eod. Totidem, (ut dixi) combinationes possumus animo concipere non uniformes, ut quas proximè enumerauimus, sed quæ ex disformibus conuentionum generibus constituantur, atque ex harum numero illa quoque est, quæ propriè ad quæstionem nostram pertinet, ut suo loco uidebimus. Prima combina-
22 tio continet misturam rei, & consensus, ut puta mandati, & mutui, uel mandati, & depositi. Et in hoc quoque decisionem habemus planè superioribus consentaneam. Nā cùm hîc pariter uiderent iurisconsulti, nullam obligationum misturam spectasse contrahentes, sed quacunque meliori ratione prospicere sibi uoluisse, unum tantùm induci cōtractum interpretati sunt, illum uidelicet, quem eos ipsos, qui contraxerunt, maximè in animo habuisse iudicarunt. Vndè si tibi mandauero, ut rem ab aliquo, meo nomine receptam custodias, idq; tu feceris, quanuis huic speciei uideatur, & depositum, & mandatum inesse, tamen Vlp. post Pomponium in l. 1. §. idem Pomponius. ff. deposit. putat mādati tantùm agi posse, ac usus ratione, quoniam hîc est primus contractus. Sic igitur eam semper retinent interpretationem, ut unicum sit negotium, unus contractus, atque
23 ex eo una tantùm actio oriatur. Vter uerò potiùs inducatur ex duobus contractibus, quorum utriusque natura eidem facto conueniat, non certa regula definiri potest, sed hoc uariè iurisconsulti, ex uariis coniecturis æstimare solent, ut in hoc §. idem Pomponius, item & in alijs legibus fieri uidemus. Inter cæteras uerò coniecturas eam plerunque solent amplecti, ut quoties concurrit contractus bonę fidei, cum contractu stricti iuris, is contractus qui stricti iuris est, legis interpretatione præualeat. Siquidem is magis certus est, ut inf. suo loco docebimus. Est uerò rationi maximè consentaneum, ut quæ certiùs, ac magis speciatim à contrahentibus expressa sunt, potiùs attendantur. Itaque si tibi mandauero, ut ab actoribus meis mutuam pecuniam acciperes, licet mandati contractus uideatur præcedere, id quod alibi (ut uidimus) attendi solet, tamen oritur obligatio ex solo mutuo, quod certiorem naturam habet; quare non potero actione mandati, tanquam actione bonę fidei, usuras à te petere. Ita Vlp. in l. idemq;. §. si quis Titio. ff. mandat. ubi cum reddit rationem, cur mandati contra te agere non possim; quia de mutua pecunia (inquit) habeo te obligatum, quasi absurdum iudicet, ex
24 utroq; contractu actionem oriri. Alteram insuper disformem combinationem possumus considerare, quæ rei, & uerborum misturam contineat, ut puta mutui, & stipulationis; Et de hac combinatione non secus iudicatur, atque ut superius dictum fuerit; siquidem unum tantum hîc quoque contractum esse leges interpretantur. Quocirca si pecunia mutuo data stipulemur, uel etiam post stipulationem, pecuniam numeremus,

sola stipulatio tenebit, atque implendæ stipulationis gratiâ stipulatio facta esse intelligetur, ut dicitur in l. si ita fuero stipulatus.§.vlt.cum l.seq.ff.de nouat. Non nego tamen, quin si stipulatio nulla esset, uel si de contraria contrahentium uoluntate coniecturæ aliquæ extarent, etiam ex numeratione actio oriri posset, iuxta no.in l. certi conditio. §. quoniam.ff.si cert.pet. Verùm in dubio rationabilius est ex stipulatione oriri obligationem, quàm ex numeratione. Nam ut Socinus hîc attingit nu.18.numerationis actus nō per se perfectus est, donec uerbis stipulationis, aperiatur, quem ad finem fuerit is adhibitus. Attamen aduertendum est, quanuis hic quoque, ut in superiore combinatione 25 unicus contractus inducatur, tamen longè diuersa ratione hoc fieri; ibi enim cum ex mistura (gratia exempli) depositi, & mandati solum mandatum fit, custodia illa qua potuisset alioquin depositum induci nullatenus attenditur, sicq; ab ea mistura cogitatio planè omnis amouetur; at hîc utriusque qualitatis rationem habemus, hoc est non tantùm interrogationis, & responsionis, uerùm etiam numerationis, quam implendæ stipulationis gratia factam esse, interpretamur. In his terminis dicit Mandellus hîc nu. 156. non posse disputari quæstionem nostram de uerbis, uendis? uendo. At nos & de superioribus combinationibus omnibus idem affirmauimus, quas propterea etiam distinximus, ut quomodo hæc nostra quæstio accipienda esset faciliùs intelligeremus. Restat nunc ut ad eam combinationem demum ueniamus, quæ huius quæstionis propria est, atque ex ijs postrema, quas ex diformibus conuentionum generibus diximus constitui. Cum scilicet uerborum obligatio, illi iungitur obligationi, quæ solo consensu perficitur. Qua in re ante omnia aduertendum est duobus modis hoc considerari posse, quod iungantur simul duo contractus. Vno modo cùm stipulatio & con- 28 tractus, qui solo consensu perfici posset, circa eandem quidem facti speciem concurrūt, atque eundem finem respiciunt, non tamen ijsdem planè uerbis inducuntur, ut in casu.l.duo societatem.ff.pro socio, si quod ibi in pacto societatis conuenerat, illud idem posteà sine animo nouandi, per stipulationem fuisset promissum, iuxta l. 2. ff. de nouat. Alio modo potest hoc considerari: Cum stipulatio & alius contractus qui re perficitur, non modo eadem facti specie, sed & eadem uerborum conceptione continentur, ut in hac ipsa quæstione, cum ita interrogatum, ac responsum fuisse proponitur, uendis? uendo, locas? loco. Quod attinet ad primum caput huius distinctionis, certum est, quid concludamus; nam quoties totum id quod actum est, ita sumi potest, ut unus contractus sit, & unam inducat obligationem, hanc maximè interpretationem iurisconsulti amplectuntur, quemadmodum & in superioribus omnibus casibus uidimus semper eos facere solere. Itaque quoties non prorsus apertum est, uerba stipulationis idem prorsus complecti, quòd priore cōtractu continebatur, creduntur partes aliud aliquid potiùs stipulari uoluisse, idq; ea ratione, ut ex singulis causis singulę tantùm obligationes oriantur. Ostendit optimè hoc Paul. in l.duo societatem, sæpius allegata.ff.pro socio. Vbi qui priùs perscripserant in pacto conuento societatis, quid fieri uolebant, ita stipulati sunt. Hæc quæ supra scripta sunt, ea ita dari, fieri, neque aduersus ea fieri, si ea data, facta non erant, tunc uiginti dari. Quæ uerba stipulationis, uidebantur posse complecti non tantùm pœnam, uerumetiam illud ipsum, quod in pacto conuento societatis perscriptum erat; tamen Paul. interpretatur illa prima uerba, Hæc quæ suprascripta sunt, non simpliciter, sed sub conditione fuisse prolata, ac propterea non rem, sed duntaxat pœnam uideri in stipulationem peruenisse. Sic uidemus iurisconsultos con-

stantissimè

ſtantiſſimè id ubique ſeruare, ut quantum res ipſa patitur ex ſingulis negotijs ſingulas
tantùm obligationes oriri uelint. At uerò ſi uerbis ſtipulationis illud quoque apertiſſi
mè comprehendatur, quod ex alio contractu debebatur, tunc adhibenda eſt illa vulga
ris diſtinctio, ut ſi animo nouandi adhibita fuerit ſtipulatio, tunc tota res in ſtipulatio
nem uideatur translata; Si uerò non hoc agatur, ut nouatio fiat, duæ oriantur obliga-
tiones.l.2.ff.de nouat. cum alijs quàmplurimis legibus illius tit. Quando autem id actũ
28 fuiſſe exiſtimandum eſſet, ex uarijs coniecturis id ueteres æſtimabant, uariasq; in hoc re
gulas, ac uarias diſtinctiones adhibebant, quas Iuſtin. attingit in l. ult.C. de nouat. fu-
ſiusq; explicat Theophilus in §. præterea, inſt.quib.mod.tollit. oblig. Sed Iuſtin. ipſe
haſce omnes ueterum ambiguitates ſuſtulit, ſtatuitq; ſemper ſine nouatione (quod ſoli-
to uocabulo ἀνεωκαινωτὶ ταν dicũt) cauſam procedere niſi ij, qui ſtipulantur apertè uerbis
exprimant ſe nouandi animo ſtipulari.d. l.ult. C. de nouat. Ab hoc non aliena ſunt,
quæ docet Bart. in l.ſingularia in 6.ſpeciali,nu.8.ff.ſi cert. pet. dum diſputat: Quando
ſtipulatio impediat oriri obligationem ex contractu, ſuper quo apponitur. Et hæc quo
ad primum caput eius diſtinctionis, quę proximè tradita eſt. Alterum caput ad illam
ſpeciem pertinebat, cùm & ſtipulatio & contractus, qui re perficitur, eadem planè uer-
29 borum conceptione contineri poſſunt, ut in iſtis uerbis, uendis? uendo. Atque hîc ue
rè mihi uideor affirmare poſſe, hanc ſpeciem nullibi non modo deciſam, ſed ne conſide
ratam quidem fuiſſe. Nam nec l. ſi ſtipuler.§.ult. inf.eod.ad hanc rem quicquam per-
tinet (ſentiant alij quicquid uelint) ut ſuo loco demonſtrabo. Quod uerò hunc caſum
iuriſconſulti non attigerint, puto duplici ratione factum fuiſſe. Primò quia hęc uer-
ba ad ſtipulationem non erant idonea, & hoc noſtri non aduertunt, quod tamen ma-
ximi momenti eſt, ut poſteà oſtendemus. Præterea quia uel ſi maximè fuiſſent idonea,
tamen ipſi iuriſconſ. non ſatis cauſæ eſſe putaſſent, cur ſtipulationem inductam eſſe ſu
ſpicaremur, quod reſponſionem præcederet interrogatio, cùm neque pactis, neque cæ
teris contractibus, qui ſolo conſenſu fiunt, ea fuerit forma præſcripta, ut præcedentem
interrogationem continere non poſſint, quod optimè oſtendit Vlp. in l.iuriſgentium.§.
quod ferè.ff.de pact. Quare ſi quando conſtat partes non tantùm ex conſenſu uoluiſſe
obligari, ſed etiam ſtipulari, uidemus tamen uerba ſtipulationis interpretatione coan-
guſtari, ne rem in contractum deductam complectantur, atque ut ex primo contractu
tantùm, non autem ex ſtipulatu agatur, ut uidimus liquidò probari ex l. duo ſocietatē.
ff.pro ſocio. Quanto magis hîc dicendum eſt, ex uendito tantùm agi poſſe, cùm nihil
ſit ex quo colligi poſſit contrahentes ſtipulari uoluiſſe. Poteſtq; etiam ad hoc perpen
di quod diſponit Vlp. in d.§. quod ferè. Ibi enim quæſtionem proponit. An uerba
illa, quæ nouiſſima parte pactorum inſeri ſolent: Nempe & prædicta omnia rogauit Ti-
tius, ſpopondit Męuius, pactionis tantùm, an ſtipulationis loco accipiantur. Atqui cer-
tè cùm de hoc dubitat, pro comperto illud habeat neceſſe eſt, non induci ſtipulationem
ex eo, quòd in actu uendendi præcedat ſtipulatio, cùm præſertim actio ex ſtipulatu, nō
poſſit ab utraque parte competere, & tamen qui uendunt, pares ab utraque parte obli-
30 gationes credantur inducere uoluiſſe, ut rectè hîc nonnulli animaduertunt. Confirma
tur hoc præterea, quia ſi ex his uerbis uendis? uendo, ſtipulatio quoque induceretur,
perinde eſſet, ac ſi illud idem prorſus per ſtipulationem fuiſſet promiſſum, quod ex cau
ſa uenditionis deberi poteſt, ut patebit ex ijs, quæ inf. dicturi ſumus in illa quæſtione:
Vtrùm ſtipulatio adiecta ſuper contractu innominato, ſequatur ipſius naturam. Itaque
non

non fuit necesse iurisconsultis de stipulatione disputare, quę uel si maximè inducta esset, tamen nihil prorsus utilitatis fuisset allatura, Quod & Baldus Nouellus hìc animaduertit, cùm inter cæteras rationes pro sua sententia illam adducit, ut dicat nihil referre, utrùm contracta fuerit stipulatio, uel minùs. Neque uerò obstat, quod respondet hìc Socin.nu.18. nimirum utilitatem in eo positam esse, quia qui succubuit actione ex em- 31
pto, posset agere ex stipulatione, arg. l. si actor.ff. de iureiur. & l. 4. in fin.ff.de lib. leg. Nam hoc falsum est, cùm imò agenti ex stipulatione posset obijci exceptio rei iudicatę, quæ semper obstat, quando eiusdem rei prorsus uertitur quęstio, licèt diuerso actionis genere utamur. l. si quis cùm totum.§.& generaliter.l.cum quæritur,& l. de eadē re. ff.de except.rei iudicat. Videmus etiam licèt rei legatæ nomine tres nobis competant actiones: scilicet, rei uendicatio, actio ex testamento, & hypothecaria; quarum una ex dominio, altera ex testamento, tertia ex iure hypothecæ oritur, tamen legatarium qui in una succubuit, altera experiri non posse.l.cum filius.§.uarijs.ff.de leg.2. unius enim electione, cæteræ tolluntur, ut etiam in l.quod in hęrede.§.eligere.ff.de tribut. Idq; generaliter obtinet quoties concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine, ut una tantùm quis experiri possit, quemadmodum Vlp. docet, in l. nemo.§. quoties.ff.de reg. iur. Quanuis uerò in terminis nostræ quæstionis actiones non essent eiusmodi, ut unius electione, altera ipso iure tolli posset, tamen exceptione saltem tollerentur. Alias leges contra Socinū affert hic Crotus nempe l.si colonus,& l.penult.ff.arb.furt.cæs. & l.duobus.§.colonus.ff.de iureiur. A quibus Socin. Iunior hìc nu.233.cum multis sequentibus conatur patruum defendere, sed satis ex prędictis uidetur mihi hęc utilitas sublata, quam Socinus patruus afferebat; leges porrò ab illo allegatæ nihil ad rem pertinent, ut satis perspicuum est. Proinde si stipulatio nullam hìc utilitatem afferre potest, non est quod de ipsa stipulatione iuriscōsulti, uel suspicari quidem debuerint. Quoties enim ipsi requirunt, hæcne actio an illa inducatur, id propter usuras, uel aliam similem utilitatem inuestigare solent.l.die sponsaliorum, in illis uerbis, Quæsitum est propter usurarium incrementum.ff.depos. & l.idemq;.§. si quis Titio, cum sim.ff. mandat.

ARGVM.

QVomodo accipiendum sit responsum Pauli in l. si stipuler.§. ult. inf. eod. aliæque item leges nonnullæ, quæ contra quàm proximè conclusum est, uidentur probare ex unico facto duplicem contractum induci.

1 Si non ualet quod ago, ut ago, neq; etiam ualet, ut ualere potest.

2 Temporibus iurisconsultorum his uerbis uendis, uendo, locas, loco non poterat contrahi stipulatio.

3 In terminis si stipuler. §. ult. inf. eo, quæ uerba fuisse à partibus adhibita credibile sit.

4 Vt stipulatio ualeat, sufficit diuersitatem responsionis incontinenti placere.

5 Vtrùm absurdum sit legem indubitatam esse.

6 Oriri actionem ex solo consensu non nisi iure præcipuo admissum est.

7 Reijcienda est ratio dubitandi quam ad d. l. si stipuler.§.ult. Doctores accōmodāt.

8 Conclusiones ex prædictis aliquot colliguntur.

9 Quas regulas sibi proponant iurisconsulti, cum uel unum uel plures contractus ex mixta aliqua specie induci interpretantur.

10 Quæ ratio sit, cur ex æstimatione rei dotalis uenditio inducatur.

Conciliatur

CAP. XXXIIII.

VErùm his quæ diximus, maxima cum ratione obijci poterit l. si stipuler. §. ult. inf. eod. ubi non tantùm uidetur Paul. hanc ipsam speciem considerasse, quam nos paulò antè negauimus, fuisse à iurisconsul. ullo in loco consideratam, sed etiam sentire uidetur, posse ex eadem uerborum conceptione, & stipulationem, & uenditionem, uel stipulationem, & locationem induci, inquit enim. "Si in locando, conducendo, uendendo, emendo ad interrogationem quis non responderit. Si tamen consenserit in id, quod responsum est; ualet quod actum est, quia hi contractus, non tàm uerbis, quàm consensu confirmantur." Socinus, & alij hæc uerba, ita perpendunt; quia cum decidit Paul. ualere illum actum uti uenditionem, ac locationem tantùm, non autem uti stipulationem, ea sola utitur ratione, quia non est responsum ad interrogata, ergo à contrario sensu, si ad interrogata fuisset responsum, etiam stipulatio induceretur. ar. l. qui testamento. § mulier. ff. de testament. l. ex eo. de testib. c. qualis xxv. distinct. Neque uerò uidetur negari posse, quin ibi de stipulatione agatur; nam (ut idem Socinus animaduertit) careret alioquin omni dubitatione illius legis decisio, cùm apertissimum sit solo consensu perfici locationem, & uenditionem, l. consensu, sup. tit. prox. l. 1. §. permutatio. ff. de rer. permut. sed quia propter interrogationem præcedentem, credebantur partes uoluisse stipulari, ea putatur dubitandi ratio esse potuisse, quia actus ille qui
1 non potuit ualere, ut stipulatio, neque etiam uidebatur ualere eo modo quo ualere poterat; Namq; hac ipsa ratione niti decisionem. §. si quis ita. l. 1. inf. eod. vulgò interpretes admittunt. Itaque hoc uno responso uidetur falsum conuinci, quod nos supra haud dubitanter affirmauimus, cùm diximus, iurisconsultis ipsis ne quidem unquam in mentem uenisse, ut ex his uerbis, uendis? uendo, stipulationis interpretationem sumi posse suspicarentur. Verumtamen non propterea à priori sententia ulla ex parte recedimus eiq; non modò non aduersari Paulũ, sed maximè potiùs suffragari existimamus. Quod ut rectiùs à nobis demonstretur, illud ponit ante omnia, neq; Pauli tẽporibus, cuius nũc uerba nobis negotiũ faciunt, neq; etiã Vlpiani, aut Modestini, qui tres iurisconsulti, eorũ
2 omniũ postremi fuerunt, quorũ nomina nostris legibus adscripta sunt: nõ horũ (inquã) tẽporibus potuisse hisce uerbis, locas? loco, uendis? uendo, aut alijs eiusmodi, uẽditionẽ, aut locationẽ exprimẽtibus stipulationẽ fieri, sed fuisse adhuc necessaria uerba illa solẽnia, quæ refert Iustinianus in §. in hac re. inst. eod. Siquidẽ Leo primus illã sustulit solẽni

tatem, ut notissimum est. l. omnes. C. eod. §. sed hæc solemnia, inst. eod. At Leonem prædicti omnes iurisconsulti non minore, quàm ccxl. annorũ spatio antecesserũt. Fuerũt uerò post Leonẽ quatuor tantùm Imperatores, ex ijs quorũ leges nos habemus, nimirũ Zeno, Anastasius, Iustinus, & Iustinianus, qui hac de re, ne cogitasse quidẽ se ullibi ostẽdũt, utrùm scilicet eadẽ uerborũ conceptione, stipulatio simul, & uenditio, uel locatio fieri posset; quippe qui nõ id sibi proposuerãt, ut scriberẽt in leges cõmentaria, & certa methodo, ac diuisione casus omnes cõplecterent, sed sola docti experientia, id tantùm constituebãt, quod causarũ usus in dies exigebat. Sed ne à re proposita digrediamur, cõpertissimũ est tẽporibus Pauli, ut nec aliorũ iuriscõsultorũ, his uerbis uendis? uẽdo, locas? loco, neque alijs eiusmodi, sed certis tãtùm, ac solẽnibus uerbis stipulationẽ fieri potuisse. Quod cùm ita sit, rectè ex hoc concludĩ, uerba Pauli in d. §. si in locando, ita esse accipiẽda, ut ibi de stipulatione nequaq̃ agere uoluerit: dicit enim si in locãdo, aut uẽdẽdo &c. at uerbis locationis, & uẽditionis (ut dictũ est) stipulatio fieri tũc nõ poterit. Neque uerò possùmus ĩtelligere, uerba ibi solẽnia stipulationis fuisse adhibita, hoc est, cõtrahẽtes, stipulatos fuisse dari, fieri, quæ in uẽditione, seu locatione cõtinerent, prout in l. duo societatẽ. ff. pro socio, & in l. iurisgẽtiũ. §. quod ferè. ff. de pact. nam hoc modo, perfectã anteà fuisse locationẽ, aut uẽditionẽ oporteret. At ibi ponĩ, fuisse hosce cõtractus imperfectos, anteq̃ cõsentirẽt in id, quod responsum est. Quare necesse est, ijs uerbis fuisse factã interrogationẽ, quæ possent locationẽ, aut uẽditionẽ inducere, utputa uẽdis? locas? uel similibus. Potuissent quidẽ forsan ipsorũ cõtrahẽtiũ industria, uerba in eũ modum aptari, ut à uerbis solẽnibus nõ discreparẽt, & tamẽ locationi, & uẽditioni aliquo modo conuenirent, sed nemo poterit inficiari, quin hoc à mente Pauli alienissimum sit, nam cùm dicat, in locãdo, aut uẽdẽdo, nihil minùs sensisse existimãdus est, quàm ut uerba, quę in locãdo, & uẽdẽdo consueta sunt, excludere uoluerit. Itaq; nõ debemus illi decisioni eam intelligentiã afferre, quæ cõuenire non possit, quoties qui contrahunt locandi, aut uendendi uocabula usurpauerint. Hac ratione uidetĩ mihi optimè probari, non eum esse sensum Pauli, ut de stipulatione ibi actum fuerit, sed ut de solis illis contractibus, qui consensu perficiunĩ. Quod ipsum ex eo quoque rectissimè demonstraĩ, quod recentiores hic nonnulli animaduertunt; quia si de stipulatione ibi fuisset actum, aut si ijs uerbis potuisset contrahi stipulatio, ualuisset illa proculdubio, cum hic quoque placuerit interroganti id quod fuerat responsum, ut in l. 1. §. si quis simpliciter, in fin. inst. eod. Stultum enim esset proculdubio, hanc decisionem ad illum casum coangustare, quando id quod responsum est, placuit ex interuallo, non quando incontinenti, cum & decisionis tenor, & ratio quam iurisconsultus assignat, & uerba ipsa, quę simpliciter, & absolutè prolata sunt, huic restrictioni apertissimè reclament. Huc postremò accedit, quod si de stipulatione ibi actum esset, non rectè diceret iurisconsultus, ualere quod actum est, cùm stipulatio non ualeat; quod si stipulationem quoque ualere sentiret, non rectè procederet illa ratio, quam statim adducit nimirum, quòd hi contractus consensũ perficiantur. Ex his optimè tollitur prima illa inductio pro opinione contraria, dum à contrario sensu colligebatur ualituram stipulationem, si rectè ad interrogata responsum fuisset. Frustrà enim de stipulationis uiribus ibi disputatur, si de stipulatione ne cogitatum quidem fuit. Cùm alioquin ad ipsius ualiditatem satis fuisset, placuisse quod fuerat responsum, quanuis initio ad interrogationem promissor non respondisset. Durius forsan plerisq; esse uidebitur, neque

ita

ita facilè tolli posse, quod præterea dicebatur, fore alioquin indubitatam illius legis
decisionem, contra l. quod Labeo.ff.de Carb.edict.& l. 1. in fin.ff.ad municip.Quod
ipsum tamen (sententia mea) nihilomagis debet nos mouere. Primò quia quanuis
5 negari non possit, quin probabilior interpretatio sit, ut id lege decidi intelligamus,
quod alioquin dubium esse potuisset; tamen non ita generatim uidetur mihi concludi
posse, nullas nos leges habere in hac tota Iustiniani compilatione, quarum decisiones
per se dubitationis parum, aut nihil fuissent habituræ. Sunt enim maxima ex parte hæ
leges desumptæ ex commentarijs ueterum iurisconsultorum, qui cùm nihil uellent in
scribendo prætermittere, quod ad propositam sibi tractationem pertineret, ea com-
plectebantur sępenumerò, quæ nullam dubitationem habere ipsi quoque fatebantur,
ut in l.procuratoris.ff.de trib. act. in l.quæris.ff.de nat.rest.in l.cæterum in fin. ff.de us.
& habit. Quod & de legibus Codicis affirmandum esse contendit Io. Corrasius in l. si
testamento.C.de impub.& aliis subst.Quare ut ad rem nostram redeamus, sicut cautum
esse uidemus, hasce conuentiones, quæ consensu fiunt, sine scriptura, ac sine uerborum
solemnitate fieri posse. Item posse fieri inter absentes per epistolam l. consensu sup. tit.
prox.l.1.cum simil.ff.mandat. quæ ne illorum quidem qui hæc scribebant iurisconsulto
rum temporibus cuiquam dubia extiterint; non uideo, cur tam absurdum fuerit, Pau-
lum generatim nos admonuisse in eiusmodi contractibus, nullum prorsus in contrahen
do ordinem desiderari. Nam cùm iam clarum esset, hos contractus in eo differre à sti-
pulatione, quia stipulatio non nisi uerbis solemnibus fieri poterat, uoluit illud quoq;
Paulus omnibus testatum relinquere, in locatione, conductione, atque alijs eiusmodi
contractibus, non modò non solemnium uerborum, sed ne ordinis quidem ullam ra-
6 tionem haberi. Atqui certè hoc, quod hodie passim censetur indubitatum in emptio
ne, scilicet & locatione ex solo consensu actionem oriri, iuris ciuilis regulis aduersare-
tur, nisi hoc iure pręcipuo in hisce conuentionibus receptum esset.l.1. §. permutatio.
ff. de rer. permut. Quare ne quis fortasse existimaret, aliqua ratione hoc coangustan-
dum esse, quod contra strictas iuris regulas fuisset receptum, credens propterea hunc
consensum eo modo exprimendum esse, quo partes incipiunt contrahere, & ob id
quoties incipiunt uerbis contrahere, debere saltem uerbis expressis (quanuis sine or-
dine interrogationis, ac responsionis) alteram partem consentire, nec sufficere consen
sum quocunque modo expressum. Iustin. ut hanc, & alias planè omnes eiusmodi in
posterum dubitationes tolleret, non ab re duxit esse, iurisconsulti responsum aliquod
nobis proponere, quo quid hac in re sentiendum esset, apertè doceremur. cùm & ab
ijsdem iurisconsultis alios notissimos terminos, ac multo magis indubitatos acceperi-
mus. Concludamus ergo primò quidem non semper uerum esse, quod nostri genera-
tim affirmant; dubia esse oportere quæcunque legibus comprehendantur. Præterea ue-
rò nec prorsus recipiendum esse, quod pleriq; sentiunt, indubitatam fore decisionem
7 huius.§. si in locando, nisi concedamus de stipulatione ibi actum fuisse. Huc accedit
quod, uel si maximè ibi de stipulatione actum fuisset, non tamen concedendum esset, ex
hoc ipso rationem dubitandi desumi posse, prout ipsi desumunt.arg.l.1.§.si quis ita, inf.
eod. Siquidem ab omni ratione, & ueritate alienissimum est, quod credunt uulgò no-
stri interpretes, ideò in §.si quis ita, non oriri ex cōsensu naturalem obligationem, quòd
initio stipulari uoluerint, qui posteà paciscuntur. Imò.n.inutilis stipulatio utile habet
pactum.l. si unus.§.acceptilationis.ff. de pact.l. an inutilis.ff. de accept. At spec ta-

 uit

uit id proculdubio. Vlp. quod ibi Cumanus animaduertit, nempe nutum esse signum equiuocum, neque tantam consensus certitudinem afferre, ut natura æquum sit eum teneri, qui præsens tacuisse, ac sine uerbis tantùm annuisse proponatur, Quod & infrà nos attingemus. Iam uerò possumus ex prædictis omnibus nonnullas colligere conclu 8 siones, quibus non tantùm nostræ quæstionis decisio, sed etiam propositarum omniũ difficultatum explicatio continebitur. Prima sit, debere nos in dubijs, eam maximè interpretationem amplecti, ut unum negotium sit, utq; ex uno tantùm contractu agatur. Ita enim uidemus passim iurisconsultos respondere, dummodo huic interpretationi nihil impedimento sit, ut in l. 2. §. ult. ff. locati. Et §. item quæritur, inst. de locat. in l. 1. §. itẽ Pompon. & §. si te rogauero, cum §. sequent. ff. deposi. in l. idemq;. §. si quis Titio. ff. mandati, in l. si ita fuero stipulatus. §. ult. cùm l. seq. ff. de nouat. Quibus omnibus in legibus, intelligo ego qualitates illorum contractuum, qui concurrere uidentur, simul esse compatibiles. Nam si essent incompatibiles, ut Socin. hîc nu. 18. de nonnullis affirmauit, neque etiam facto ipso simul concurrerent. Huic uerò pronunciato, puto quandam declarationem esse adhibendam, qua facilè diluentur, ea planè omnia, quæ contra illud afferri possunt. Satis omnibus perspectum est, semper legem, cum 9 ea interpretantur, quæ à contrahentibus dicta, aut gesta sunt, attendere illud potissimum, quod nos ipsi contrahendo in animo habuimus, atque illud quàmmaximè ratum esse uelle. Quoniam uerò euenit interdum, ut aliquid intendamus, quod non illius ipsius contractus, qui geritur, sed alterius potiùs naturæ conueniat. Ideo tunc lex animaduertit, possit ne contractus ille, qui geritur ita ampliari, ut in eo, quod præter illius contractus naturam adiicimus, eiusdem actionis ope nobis satisfieri possit, & tunc unum tantùm contractum esse statuit; Quod si minus id fieri posse uideat, tunc potiùs concedit, ex utroque contractu agi posse, quàm ut irritum illud esse patiatur, quod nos in contrahendo spectasse uideri possimus. Prioris capitis exempla sumi possunt, ex illis omnibus legibus, quas paulò antè adduximus, ac præsertim ex l. 1. §. quod si rem. ff. mandat. in qua plenius accipitur mandatum, ut ijs qui contraxerunt cumulatè prospectum sit. " Quod si rem (inquit " Vlp.) tibi dedi, ut si Titius rem non recepisset, tu custodires, nec eam recepit, ui" dendum est, utrum depositi tantùm, an mandati actio sit, ut Pomponius dubi" tat; puto tamen mandati esse actionem, quia plenius fuit mandatum habens, & " custodiæ legem. Posteriori capiti rectè accommodatur, exemplum l. quoties. ff. de iur. dot. & l. cum dotem. C. de iure dot. ubi quoties res æstimata in dotem datur, non tantùm contractus dotis, sed etiam uenditio inducitur. Ratio est, quia 10 non poterat contractus dotis ita ampliari, ut ipsi mulieri undequaque satisfaceret; quemadmodum uenditio, quam æstimationis factum respiciebat. Siquidem non poterat contractus dotis facere, ut res datæ, mariti periculo essent, neque ut euictionis nomine, qui dotem dedisset teneretur. l. 1. C. de iur. dot. Quare non mirum est, si ibi qualitas æstimationis, ita accipitur, ut per se diuersum contractum inducat, quanuis alibi, ut uidimus, contraria interpretatio sumatur. Secunda conclusio est, in casu. l. si stipuler. §. ult. inf. eod. de stipulatione nihil actum esse, ut multis argumentis fuit demonstratum. Hinc conciliatur responsum illud, cum responso Vlpiani inf. in l. 11 1. §. si quis simpliciter in fin. quo loci stipulatio ualet, si responsionis diuersitas incontinenti placuerit: neque enim mirum est, si non etiam in d. §. ult. ualet stipulatio,

latio, licèt consentiatur in id quod responsum est, quia ibi de stipulatione nihil fuit
12 cogitatum. Eodem modo etiam posset conciliari, cum: §. si quis ita; si communem illius. §. intelligentiam reciperemus, nempe ibi, propterea nullam induci obligationem, quia cũ uoluerint initio stipulari, actus qui non potuit ualere, ut stipulatio, neq; etiam ualuit ut ualere poterat: possemus. n. dicere idcircò in. §. ult. non idem disponi, quia uoluerunt ibi contrahentes locare tantùm, aut uendere, non autem stipulari. Verùm hæc conciliatio non est necessaria, quia (ut supradiximus) communem intelligentiam illius. §. si quis ita, omnino falsam esse existimamus. Tertia est conclusio, stipulationem in dubio ita esse accipiendam, ut non comprehendat id, quod præcedenti aliquo contractu, continebatur, ut rectè probatur in l. duò societatem. ff. pro socio. Quam interpretationem certè lex non amplecteretur, si nostra interesset, posse non tantùm, ex præ-
13 cedenti contractu, sed etiam ex stipulatione agere. Vnde intelligitur non esse hic locum illi regulæ, quod intersit nostra plura habere remedia. Illa enim procedit quoties plures actiones, uel si eiusdem rei nomine competant, tamen diuersa nobis præstant media, quibus eam ipsam rem consequi possimus, vt in l. cùm filius §. uarijs. ff. de leg. 2. ubi quæ proponuntur actiones, uaria respiciunt, Siquidem actione ex testamento, hæredis personam conuenimus, uendicatione, rem legatam persequimur, hypothecariam in cæteras res intendimus. Quarta est conclusio, nostram hanc quæstionem de uerbis; uendis? uendo, locas? loco, antiquis Iurisconsultis cognitam esse non potuisse. Ideoq; non rectè ipsorum leges à nostris allegari. Quinta, & ultima est; ex his uerbis; uendis talem rem pro decem? uendo, uel locas? loco, solam uenditionem, et locationem, non autem stipulationem induci. Quæ conclusio, ut & prædictæ omnes, probatur rationibus superiùs adductis, quas hic repetere, haudquaquam necesse est. Hinc iam intelligimus illas leges omnes simul optimè conciliatas esse, quæ paulò antè inter se prorsus contrarię uidebantur. Conciliantur enim ex ea maximè distinctione, quam ad primæ conclusionis declarationem adhibuimus, cùm diximus, tunc legem à solita interpretatione recedere, atque ex duplicis naturæ quasi mistura, duplicem contractum inductum esse interpretari; cùm unius contractus natura non ita ampliari potest, ut planè ex eò contrahentium intentioni satisfieri possit. Restant tamen duæ leges, quæ adhuc viden
14 tur obstare; Obstat primò l. si ego. §. ult. ff. de iur. dot. ubi si rerũ parafernaliũ custodiam marito uxor cõmittat, depositi, uel mandati agere poterit, oritur ergo actio ex utroq; contractu, & tamen mandatum pleniùs accipi poterat, ut & custodiæ legem contineret, sicque idem quod depositum præstaret, ut in l. 1. §. quod si rem. ff. mandati, quæ directo tramite huic uidetur aduersari. Ego illam puto esse uerissimam responsionem, ut dicamus, non habere mulierem eodem casu actionẽ mãdati, aut deposi, ita ut utramuis eligere possit. Etenim Vlp. ibi plures casus enumerat, qui contingere possunt, ac singulis casibus singulas actiones accommodat, quæ tamen actiones, neq; etiam electiuè simul concurrunt. Nam si animo amouentis, maritus hasce res retineat, rerũ amotarum agetur, quod si non amouere eas connisus sit, agetur, ad exhibendum. Verùm anteaquam ueniatur ad has actiones, iubet Vlp. illud animaduerti, vtrùm custodia marito fuerit commissa; nam tunc depositi, inquit, uel mandati agi poterit; ego non uideò quid hic inpediat, quominus intelligamus, hisce actionibus non simul, atque eodem casu, sed in suis terminis locum esse, ut de reliquis duabus actionibus, scilicet rerum amotarum, & ad exibendum proximè dicitur arg. l. si seruus plurium. §. ult. ff. de leg. 1. Cùm enim

non

non appareat ex natura istarum actionum ibi quicquam immutari, eodem modo accipi debebunt, quo & in alijs legibus accipiuntur, arg.l. nō est nouum.ff. de legib. Itaq; intelligemus tunc mulierem agere depositi, cùm simpliciter deposuit, & custodiam dedit: cùm uerò mandauit, fortè ut de his rebus aliquid faceret, quod si minùs posset, eas custodiret, uel ut ab aliquo receptas custodiret, ut in l. 1.§.quod si rem, & in.§. Idē Pomponius quærit, proximè seq. eo. tit. ff. mand. tunc dicemus mandati tantùm agi; sed pleniùs hîc quoque accipi mandatum, ut & custodiæ legem habeat. Postremò uidetur adhuc obstare l. 2. C. de pact. inter emp. ac uendit. ubi si hæres emptoris conuentioni de retrouendendo non paruerit, ut contractus fides seruetur, actio præscriptis uerb. uel ex uendito contra illum tibi dabitur. Ecce, actio præscript. uerb: quæ oritur ex contractu innominato concurrit cum actione ex empto, & tamen ad idem utraq; intenditur, neq; plus una præstat quàm altera. De concursu huiusce actionis præscriptis uerb. 15
cum alia actione proueniente ex contractu nominato, inter nostros interpretes solet esse contentio. Alciat. lib.5. paradox. cap.1. contra quàm cæteri sentiant, existimat, nunquā posse concurrere actionem præscriptis uerbis, cum alia actione quæ ex contractu nominato oriatur, idque probat ex l. quoties.ff. de præscrip. uerb. alijsq; ll. ab ipso allegatis, & ad hanc l. 2. C. de pact. inter empt. & uendit. respondet, propterea ibi actionem præ- 16
script. uerb. dari: quia cū pactum illud ad resoluendā emptionem pertineret, durum uidebatur ipsius gratia ex empto agi posse, sicque actionem ex empto, quæ robur contractui dare solita est, in eius dissidium usui esse. Verùm quia propter hoc pactum potuit res minoris esse uendita, ita ut hoc pactum quodammodo pars pretij sit, idcircò etiam ex uendito agi posse, propter regularem naturam pactorum, quæ ex contractu actionem informant. Sed uidetur in hoc mihi Alciat. sese ipse inuoluere ac pugnantia loqui; Primò enim iudicat absurdum propter pactum, quod de resoluenda emptione factum est, ex empto agi posse, & propterea uult agi prescriptis uerb. Posteà dicit quoties hoc pactum pars pretij est, hoc est, quoties propter eiusmodi pactum, minoris uendita est, posse agi ex empto, cum tamen hîc quoque uigeat illud absurdum, ac nihilominùs pactum ad uenditionis recisionem spectet, neq; quicquam impediat, quominùs actio præscriptis uerbis, hoc quoque casu competat. Prætereà sentit Alciat. duas illas actiones, nempe ex empto, & præscriptis uerb. non nisi separatis casibus modò unam modò alteram competere; ex empto, quando pactum pars pretij fuit: præscriptis uerbis, quando non fuit, uel an fuerit, dubitatur. Quod ipsum à mente Imperatoris in illa lege alienissimum est: Siquidem is à Charisio quodam consultus, de indiuidua illa facti specie, utramq; ex his actionibus, quamuis alternatiuè, hoc est uel actionem ex empto, uel præscriptis uerb. ipsi competere rescripsit, ut eiusdem illius contractus fides impleretur. Aliam huius rei declarationem affert Steph. Forcatulus dial. 91. dum distinguit, utrùm habita ratione pacti ad contractum, contractus innominatus resultet, uel minus. Quæ distinctio non tollit difficultatem, nec rectè aperit (ut mihi uidetur) quid hac in re senserint Iurisconsulti. Nos igitur aliam putamus esse ueriorem huius rei explanationem, ex qua (nisi 17
fallor) intelligetur illam l. 2. C. de pact. inter empt. & uendit. nihil prorsus ijs quę supra diximus aduersari. Diximus supra leges in dubio eam sumere interpretationem, ut unum tantùm negotium sit, atque ex uno contractu agi possit. Non tamen negauimus, quin plures simul actiones concurrere possint: Imò enim uidemus cum actione mandati, negotiorum gestorum, societatis, alijsque omnibus, ex quibus certum

petitur

petitur certi condictionem concurrere posse l. certi condictio. ff. si certũ petat. At istæ
non arguunt diuersa esse negotia, sed ex uno eodemque negotio proueniunt. Proinde
cùm nos in præsentia consideremus, an & quando ex mistura duplicis negotij unus uel
plures contractus inducantur, reliquum est, ut eiusmodi actiones, quæ ex uno contractu
proficiscuntur, nihil ad rem nostram pertinere fateamur. Sed uideamus utrùm actio
ex empto, & præscriptis uerbis, quæ simul concurrunt in d. l. 2. ex uno tantùm, an ex
duplici negotio prodeant. Dices forsan illas prodire ex duplici contractu, cùm actio ex
empto oriatur ex emptione & uenditione, & actio præscrip. uerb. ex contractu inno-
minato. At ego licèt non negem contractum emptionis esse, ex quo oritur actio ex em
pto: item contractum innominatum esse, ex quo oritur actio præscript. uerb. in ea ta-
men sententia sum, ut putem subiecto eundem esse contractum, ex quo tàm hæc, quàm
18 illa actio oritur: Imò verò ampliùs puto istas actiones subiecto nihil inter se differre. Sen
tio quidem hoc plerisq; mirum, quin & planè absurdũ uisum iri: Sed spero fore, ut neq;
mirum, neq; absurdum illis uideatur, qui attentiùs hæc quæ dicturi sumus considerauerint. Considerandum est semper actionem oriri, quoties alicui conuentioni, uel propter
συνάλλαγμα, uel alia de causa, tantùm inest æquitatis, ut compelli debitorem ad soluen-
dùm naturali rationi consentaneum sit, arg. l. iurisgentium, in fin. princ. ff. de pact. ue-
rùm quia tanta est negotiorum, conuentionumque uarietas & multitudo, ut neq; ad
certas species redigi, neque certis nominibus appellari potuerint: ac propterea nec cer
tæ ipsis actiones potuerint assignari. Propterea nonnullis tantùm conuentionibus, qui
bus scilicet potuit, cùm certa nomina, tum certam quoq; naturam lex tribuit. Quoties
19 autem proponuntur contractus, quorum appellationes nullæ iure ciuili proditæ sint:
tunc ciuili actione in factum agi uoluit, quæ communi nomine, præscriptis uerbis appel
latur; l. 1. cũ tribus sequent. ac fermè passim. ff. de præscrip. uerb. & hæc sanè notissima
sunt. Iam verò cùm dubia interdũ aliqua species Iurisconsultis, aut Imperatoribus etiam
proponebatur, solebant ipsi ante omnia animaduertere, utrùm posset illa ad nomina-
tum aliquem contractum referri, & respondebant oriri actionem ex illo contractu, quæ
actio erat nominata, ac certam formam habebat. Quod si id fieri non posse uiderent,
uel si id dubium esset, tutiùs esse dicebant agi præscriptis uerbis, ne si certi illius, quem
quis proposuisset contractus, causam minùs probasset, in eo iudicio succũberet. Qua-
re Vlp. in l. si gratuitam, illo tit. de præscrip. uerb. Si gratuitam (inquit) tibi habitatio-
nem dedero, an commodati agere possim. Vlpianus ait posse, sed est tutiùs præscriptis
uerbis agere. Sic & Paul. in l. naturalis. §. sed si facio, in fin. ff. de præscrip. uerb. Sed tu
tiùs erit, & in debitoribus exigendis, præscripris uerbis dari actionem, quæ actio similis
erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus emptioni & locationi.
Sic uidemus queadmodum iurisconsulti in eiuscemodi dubijs speciebus, quæ alicuius
contractus instar habent, non tamen illi prorsus conuenire uidentur, solent (ut cautè
loquantur) alternatiuè loqui, dicentes, aut competere actionem ex contractu aliquo no
minato, aut actionem præscriptis uerb. Actionem quidem ex contractu nominato, si
probari possit in proposita specie illius contractus formam adesse, sin minùs, actionem
præscriptis uerbis. Habemus hoc in l. si conuenerit. ff. communi diuidundo. Item in
l. Labeo scripsit. ff. de contrahen. empt. Ac deniq; etiam in d. l. 2. C. de pact. inter empt.
& uendit. puto propter eandem rationem Alexandrũ Imperatorẽ uti illa alternatiua,
cũ dicit præscriptis uerb. uel ex uẽdito dari actionem, ut cõtractus fides seruetur, quan-
tum

tum ad conuentionem de retrouendendo. In his omnibus legibus quamuis com- 20
petat duplex actio, tamen verè affirmari posse arbitror, contractum ex quo oritur actio, subiecto unum esse. Nam cum, gratia exempli, gratuitam do tibi habitationem, non hîc possumus considerare, nisi unum contractum; sed si possimus demonstrare hunc esse contractum commodati, actio quæ inde oritur, erit nominata, & certam habebit naturam, erit enim actio cõmodati; Verùm si id minus obtinere nos posse confidamus, hunc scilicet esse contractum commodati, actio inde oriens, erit innominata, ac generali tantùm nomine, appellabitur actio præscriptis uerb. Sed quamuis & contractus, & actio diuersè considerari possint, tamen non idcircò subiecto inter se differunt. Atque ut hoc uel planè rudes intelligant, notissimo exemplo utar. Sunt inter reliquas monetas coronati quidam, qui uel si non magnitudine, tamen æstimatione, ob auri scilicet ipsius qualitatem, cæteris coronatis præstant. Fac me eiusmodi aliquem habuisse, sed ob notas forte attritas, uel alia quacunq; de causa non potuisse probare, ex eorum numero illum esse, qui cæteris communem notam habentibus, ualore antecellat, ideoq; inuenisse aliquem, qui in rerum quarumpiam uenditione, pro communi illum acciperet, negari non potest, quin diuersè is fuerit sumptus, & quin propterea fuerit ipsius æstimatio uariata, attamen subiecto unum eundemq; esse coronatum, nemo non intelligit. Persimilis ergò & contractus ratio est; Inivi ego contractum, quẽ quia diffido receptum iri ut contractum nominatum, qui certam, ac nominatam mihi præstet actionem, propono illum saltem ut contractum innominatum, id quod tutiùs esse uidimus, atq; ob id utor actione præscriptis uerbis. Videor mihi hîc quoq; affirmare posse subiecto eundem contractum esse, atque idem ius persequendi, quamuis sub alia forma proponatur. Ex hoc porrò intelligitur traditionibus nostris non obstare id, quod Imper. disponit
in d. l. 2. Quamuis enim dicat, ex uendito, uel præscriptis uerbis agi, non tamen inter- 21
pretatur esse duos contractus, qui simul ambo consistant, sed intelligit unum esse contractum, qui si accipiatur, ut nominatus, hoc est ut pars emptionis, parit actionem ex empto, alioquin poterit saltem accipi ut contractus nominatus, ac quæ ex eo oritur actio, erit actio præscript. uerb. At longè secus res sese habet, quando lex interpretatur duplicem esse contractum, ut in l. quoties. ff. de iure dot. ibi enim uerè adest tum dotis contractus, tum etiam uenditionis, neq; potest dici unus & idem, qui diuersè accipiatur, ut in l. gratuitam, & in l. naturalis. §. sed si facio. ff. de præscript. uerb. in l. si conuenerit. ff. comm. diuidun. in l. Labeo scribit. ff. de contrahend. empt. & deniq; in hac l. 2. C. de pact. inter empt. & uendit.

ARGVM.

NON omnes planè stipulationes inutiles esse, quæ alieni facti uideantur promissionem continere. Et an stipulationibus, quæ uerè ea de causa inefficaces sunt, iuramenti præsidio succurri possit.

1 Multum refert, utrùm quis aliũ facturum promittat, an se curaturũ, ut alius faciat.
2 Ne fideiussor quidem potest rei principalis factum promittere.
3 Quinam sint qui possunt alteri stipulari.
4 Qua ratione in prætoriis stipulationibus non improbetur alieni facti promissio.
5 An in illis stipulationibus, dolum abesse, iter fieri, & habere licere, uerè dicatur alienum factum promitti.

Non

CAP. XXXV.

POst hæc uerba, DATVRVM, FACTVRVMVE, quæ iã satis superq; fuerũt explicata, proximũ erat, ut Põpon. in hac diffinitione exprimeret, quẽ nam daturum, facturumue, deberet promissor respondere. Prætereà quid nam illud esset, quod dari, fieriuè promitti oporteret. Itaq; primum nobis exprimit, cum dicit, SE, secundum verò cùm dicit, QVOD INTERROGATVS EST. De se quisq; promittere de-
1 bet, non de alio; nam si quis alium daturum, facturumue quid promiserit, non obligabitur, nisi curaturum se spoponderit, ut alius det, uel faciat, tunc enim non alienũ, sed proprium factum promittit. l. stipulatio ista, in princ. infra eod. §. si quis alium & . §. uersa uice, Inst. de inut. stipulat. Quod dicimus de reo principali promittendi, idem & de fideiussore affirmamus, qui non alias, quàm si de se ipso promittat, obligatur, nam uel reum ipsum principalem daturum aliquid, uel facturum frustra promittit. Idque cùm
2 aperte colligitur ex hac diffinitione, tùm expressius etiam traditur in l. sicut reus principalis, ff. de fideiuss. Sicque videmus à stipulatione omnimodò alterius personam excludi. Nam neque alteri fieri stipulatiò potest. l. stipulatio ista. §. alteri, & . §. alteri, Inst. de inut. stipulat. nec de alterius facto, aut uoluntate obligatio ulla potest induci: obligari enim alium, quàm promittentem, absurdum esset: ipsum uerò promittentem obligari, ad id quod præstare ipse non potest, esset obligari ad impossibile, at impossibiliũ nulla est obligatio. l. impossibilium. ff. de reg. iur. Quocircà utrobique cautio est, ut pœna apponatur. d. §. alteri, & §. uersa uice Inst. de inutil. stipulat. Verùm ab utraque regula in multis casibus recessum est. Quemadmodum enim nonnulli sunt, qui possunt alte
3 ri stipulari, ut filii, patres, domini, serui, qui ratione potestatis sibi inuicem non inutiliter stipulantur. §. ei qui, . §. si quis alij & . §. post mortem, Inst. de inut. stipulat. Itẽ procuratores, actores municipum, tutores, curatores, institores. l. si procurator. ff. de procur. l. si procurat. ff. de uerb. obligat. l. damni infecti . §. ult. ff de damn. infect . l. cum. ff. de constit. pecun. l. 1. & 3. de instit. act. aliiq; item nonnulli, quos nostri Doctores enumerant, ac præsertim Iason in l. stipulatio ista. §. alteri, inf. eod. quo loci ad illam ipsam regulam uiginti limitationes affert. Ita hæc altera quoque regula, qua traditum est non òbligari eum, qui alium daturum, facturumue promittit, in multis casibus remissa est.
4 Etenim primò in prætoriis stipulationibus, ex eiusmodi promissione efficax obligatio oritur., nimirum in stipulatione, iudicio sisti, ratum dominum habiturum, rem pupilli saluam fore, seruum furtis, noxiisq; solutum esse, iudicatum solui, Quod ea ratione fit, quia ex Prætoris sententia eiusmodi stipulationes eam obtinuerunt interpretationem, ut non tàm factum alienum, quàm incertam quantitatem, hoc est quanti interest, contineant. l. in prætoriis . ff. de prætor. stipul. l. 2. infr. de inut. stipulat.
5 l. in stipulatione . ff. rem ratam haberi. l. quoties. infr. eod. l. si ita. ff. de euict. Receditur

prætereà ab hac regula,& in illis ſtipulationibus,dolũ abeſſe, iter fieri, & habere licere, Neque enim uidentur poſſe tam abſolutè promitti facta negatiua, quin & alterius factũ in his promiſſionibus includaẽ, Et tamen ualẽt ſtipulationes eiuſmodi.l.ſtipulatio iſta,in princ. inf.cod. Ratio cur ualeant,ea eſt,quia cùm hoc modo ſtipulamur, non negatiuè promiſiſſe intelligimur, ſed potiùs affirmatiuè, nimirũ nos curaturos,ut dolus abſit, Itẽ ut tibi iter fieri,uel habere liceat; atq; hæc,potiùs prædictæ regulæ declaratio, quàm limitatio dici poterit. Ita uerò declarat Paulus,in l.inter ſtipulãtẽ.§.& qui ſpondet,inf.cod. " Et qui ſpondet (inquit) dolũ malũ abeſſe, abſuturũq; eſſe,non ſimplex abnutiuũ ſpondet,ſed curaturũ ſe, ut dolus malus abſit. Ideq; in illis ſtipulationibus, habere licere: Itẽ neq; per te,neq; per hæredẽ tuũ fieri,quominus iter fiat. Itaq; ſtipulationes iſtæ ſic accipiunẽ, ut qui promittit,factũ propriũ promittere cenſeaẽ,uel factũ hæredis. Neq; porrò factũ alienũ crediẽ promittere, qui promittit factũ hæredis, ut aduertit Accurſ.in §. ſi 6
quis aliũ,in ver.non obligabiẽ,in fin. de inut.ſtipulat.cùm vulgatiſſimũ ſit,defunctũ, & hæredẽ unã eandẽq; perſonã cenſeri.§.1.Authẽt.de iureiur.à mor. præſtit. Quare ab huius regulæ prohibitione,hæres ſemper excipiẽ, atq; in his præſertim ſtipulationibus excipiẽ,de quibus proximè loquuti ſumus,ut docet Vlp.in l.ſtipulatio iſta,in princ. ſæpius al leg. Excipiẽ poſtremò, & qui aliũ pro ſe fideiuſſurũ promiſit,ipſe enim obligaẽ,quãuis 7
alienũ factũ promiſerit.l.qui autẽ.§.1.ff.de conſt.pecun. Sed & ſi quis certam perſonã fideiuſſuram pro ſe conſtituerit, nihilominùs tenetur, ut Pompon. ſcribit. Quod ea ratione puto fuiſſe inductum, quia cum ſimus in conſtituto,quod eſt remediũ prætoriũ, ex æquo, & bono accipitur hæc promiſſio, ut contineat id quod intereſt. Atque ita uidetur ibidem Vlp. interpretari, dum eum caſum decidit,quando perſona quam fideiuſ- " ſuram quis conſtituerat mora interueniente diſceſſit. Æquum eſt (inquit) teneri eum " qui conſtituit, uel in id quod intereſt, uel ut aliam perſonam non minùs idoneam fide- " iubentem præſtet. Quid uerò ſi hoc non conſtitueres,ſed ſtipulanti promitteres? putarem ego idem fore,nam ſtipulatio iſta,quã ſemper prȩcedentem aliquam obligationem reſpicere neceſſe eſt,obtineret uim conſtituti, aut certè quantùm ad hoc attinet, eandẽ æquitatem haberet. At quibus caſibus ſpeciatim receptum non eſt,ualere ſtipulationes 8
alieni facti promiſſionẽ continentes, ac propterea inutiles illæ futuræ eſſent, iuramenti prȩſidio ipſis ſuccurri poſſe exiſtimat Ang.Aretin.in d.§.ſi quis alium, inſt. de inutil. ſtipulat.ea nimirũ ratione adductus,quia ſolet facere iuramentum,ut actus omni meliori modo ualeat.l.cùm pater.§. filius.ff.de leg. 2. Sed Eguinarius Baro ibidem contrarium 9
ſentit,neq; putat obſtare quod diciẽ in d.§.filius,quoniam ibi,qui iurat,facti proprij promiſſionem cõfirmat. Nos melius dicamus,nullam ibi promiſſionem iuriſiurandi religione confirmari, ſed tãtùm enixam teſtatoris uoluntatem oſtendi,Quo fit,ut fideicõmiſſi preces,ad omnem ſucceſſionis ſpeciem, ſicq; etiam ad ſucceſſionem ab inteſtato porrectæ uideantur. Veruntamen in eo quod dicit Angel. haſce ſtipulationes,quibus alienum factum promittitur, iuramento confirmari, nos illi potiùs, quàm Eguinario idipſum neganti aſſentimur. Negandum id quidem eſſet, ſi ueterum iuriſconſultorum le- 10
ges attenderemus. Sed hodie iuramenti uires ex æquitate canonica, atque ex pontificijs ſanctionibus æſtimamus, quibus paſſim uidemus, iuramento utiles effici promiſsiones, quæ alioquin nullius roboris eſſent. Videmus enim filiam, paternæ hæreditati ſine iuramento inutiliter renunciare. l. pactum. C. de coll. adhibito uerò iuramento renunciationem ualere.c.2.de pact.in 6. Videmus etiam propter iuramentum 11

ualere

ualere alienationem rerum dotalium factam ex conſenſu mulieris, inutilem alioquin futuram. c. cũ contingit, extra de iureiur. & no. Inſt. quibus alien. licet uel non. §. 1. Propter idem iuramentum ualet donatio inter uirum & uxorem. Itemq; donatio inter patrem & filium, quam conſtat per ſe inualidam eſſe, niſi merita filij, adhibito iuramento, pater affirmauerit, De prima latè Decius conſ. 102. de altera idem Dec. conſ. 432. poſt Alex. in l. ſi donatione C. de collat. ubi & Iaſ. nu. 6. Idem, & de uenditione facta intra dimidiam iuſti pretii, traditur in l. 2. C. de reſcind. uendit. Ac de pacto denique perpetuæ communionis idem Doct. ſentiunt in l. nemo poteſt, ubi Crotus inter alios. ff. de leg. 1. Quibus exemplis adducti putamus nos, & ſtipulationem, in qua alienum factum promittitur, ita accipiendam eſſe, ut contineat id quod intereſt, ſicque omni melio
12 ri modo ſuſtineatur. Semper enim quod iurauimus, ſeruare debemus, dummodo nullum ex ea re animabus præiudicium inferatur, d. c. 2. de pact. in 6. c. ſi uerò; extra de iureiurand. Ex his omnibus poſſumus intelligere hanc dictionem, SE, fuiſſe hîc à Pomponio maxima cum ratione appoſitã. Dum uerò poſteà ſubijcit, QVOD INTERROGATVS EST. in eo uoluit oſtendere, nihil aliud debere reſpondentem promittere, quã illud ipſum, de quo interrogatus eſt: ſicque interrogationi, reſponſionem omninò conformem eſſe oportere. Etenim quamuis neceſſe non ſit, id reſpondentem repetere, quod in interrogatione expreſſum eſt, ſed admittatur reſponſio ſimplex, ut-
13 pote quæ ex præcedenti interrogatione declaratur. §. prætereà Inſt. de inutil. ſtipul. tamen ubi uel minimum aliquid continet reſponſio, quod interrogationi non conueniat: Veluti ſi quis ſimpliciter interrogatus, ſub conditione reſpondeat, aut è conuerſo, uel ſi interrogatus intra Kalendas Maias, reſpondeat Idibus, protinus uitiatur ſtipulatio, niſi diuerſitas reſponſionis incontinenti placuerit, ut infra in l. 1. §. ſi quis ſimpliciter, de
14 cuius intelligentia ſatis ſupra diſſeruimus. Dubitari poteſt, an ſi ego ſtipuler Stichum & Pamphilum, & tu reſpondeas, in Sticho diſſentio; an ſaltem quantum ad Pamphilum ualeat hoc caſu ſtipulatio. Ac vulgò quidem non credunt talem hîc eſſe diuerſitatem interrogationis, & reſponſionis, ut de viribus ſtipulationis propterea dubitari poſſit. Verùm ex eo dubitant nonnulli, quia quamuis is, qui dicit ſe diſſentire in Sticho, nihil aliud dixiſſe uideatur, quàm ſe conſentire quantum ad Pamphilum, arg. l. ex eo. ff. de teſtib. &, c. non ne, cum ſimilib. extra, de præſumpt. tamen non uidetur natura ſtipulationis, quæ uerba expreſſa requirit, eiuſmodi reſponſiones admittere, quæ non expreſſę
15 ſunt, ſed tacitè atq; à ſenſu contrario colliguntur. Ego hac ratione nihil moueor, cùm uideam, & uerè expreſſum dici poſſe, quod ex uerbis expreſſis quantumuis adhibita interpretatione colligitur, ut Inſt. de legit. par. tutel. cum tit. ſequenti, ac porrò uideam in ſtipulatione, quæcunq; uerba ſufficere, dũmodò conſonantẽ intellectũ habeãt ab utraq; parte, l. 1. in fin. hoc tit. l. omnes C. eod. & Inſt. eod. §. ſed hæc ſolemnia. Verũ tamen puto eiuſmodi ſtipulationẽ inutilẽ eſſe, Idq; veriſſimum eſſe arbitror, etiãſi expreſſim di-
16 xeris te Pamphilum promittere. Moueor autẽ ea ſola ratione, quia reſponſio nõ eſt conformis interrogationi, cũ tu non illud prorſus daturum te reſpondeas, quod interrogatus es, ut exigit Pomponius in hac diffinitione; tunc uerò aliquem nõ promittere quod interrogatus eſt, intelligit Vlp. quando uel adijcitur, uel detrahitur aliquid obligationi, quo caſu uult uitiari ſtipulationẽ, niſi diuerſitas incõtinenti placuerit, ut in. §. ſi quis ſimpliciter, in fin. Neq; obſtat quod in. §. ſi ſtipulãti, qui proximè ſequitur, videatur ſtipulatio approbari in eo ꝙ minus eſt, quoties plus ſtipulanti, minus promittitur; nã hoc puto

esse declarandum ex uers. cùm adijcitur proximè præcedenti, ut ita demum procedat, si placeat incontinenti quod responsum est, quod ipsum in præsentia demonstrare non est necesse, cùm plenissimè supra fuerit demonstratum.

ARGVM.

VTrùm planè inutilis etiam quantum ad naturalem obligationem stipulatio sit, in qua non uerbis ad interrogata responsum fuerit. Et quomodò tollantur duæ dubitationes, quæ ex uerbo illo, RESPONDET, quod in hac diffinitione postremum est, oriri posse uidentur.

1 Communis ratio. §. si quis ita, refertur, ac reprobatur. & nu. seq.
2 Quando stipulatio inutilis, utile habeat pactum.
3 Solus nutus, neque etiam talem consensum arguit, qualis ad pactum sufficere possit.
4 Voluntas tamen alioquin solo nutu declaratur.
5 Non desunt alii modi præter nutum, quibus pactum tacitè fieri potest.
6 Est cùm responsio non sit apta stipulationi, & tamen respondentis consensum plenissimè demonstret.
7 An uerba huius diffinitionis demõstrent, potiorem esse responsionem, & quomodò in hoc Pomponius defendi possit.
8 Interrogationi plus tribuendum esset, quàm responsioni, si modò plus ponderis alterutram habere ad stipulationem perficiendam, concederetur.
9 Non debent esse tàm dubia uerba diffinitionis, ut cæterarum legum declaratione indigeant.
10 Pomponij uerba in hac diffinitione ita declarantur, ut prædicta dubitatio planè tollatur.
11 Videtur contra Paulus in sua diffinitione totam uim stipulationis, ponere in interrogatione.
12 Quomodo defendi possit Pomp. qui huius diffinitionis uerbis, responsionem ex interuallo factam non excludit.
13 Conceptio uerborum rectè dicitur, etiam si unus tantùm loquatur.
14 Interuallum temporis modicum, non uitiat stipulationem.
15 Sumpto spatio ad respondendum ualet stipulatio, etiam si post longum interuallũ responsio sequatur.
16 Relatio ad aliud tempus, ijs etiam in rebus admittitur, quæ pertinent ad substantiam actus.

CAP. XXXVI.

HAbemus postremò loco in hac diffinitione uerbum, RESPONDET, quo docemur, omninò uerbis ipsis respondendum esse (refertur enim ad dictionem, quibus, ut ipsa uerborum structura satis demonstrat) ac propterçà solo nutu illius qui interrogatus est, non contrahi stipulationem. Quod & expressiùs tradit Vlp. inf. in l. i. §. si quis ita, additq; illud, prætereà, ne naturaliter quidem obligari, qui uerbis 1
interrogatus, sine uerbis tantùm annuit. Cuius rei ratio ea vulgò esse creditur, quod stipulari uoluerint, non pacisci. Atque inde frequentiùs concluditur, inutilem semper futuram stipulationem, in qua uerbis interroganti, non uerbis pariter responsum fuerit, Itemq; alia quacunque ratione inutilem stipulationem, utile pactum non habere. Nos uerò ita demum hoc concedimus, si ea quæ stipulationem inutilem reddunt, ipsius quoque pacti naturę aduersentur. Qua ratione uidemus inutilem stipulationem non habe 2
re uim constitutæ pecuniæ, quoties deest relatio ad præcedens debitum, quia tunc non animo

animo constituendi potest uideri promissum.l.1.§.eum qui,ff.de constit.pecun. Verùm eam solam causam,quòd stipulandi animum contrahentes habuerint,non putamus esse impedimento, quominus pactum induci possit: cùm imò perspicuè iurisconsulti cõtrarium affirment, ut in l. an inutilis,in l.si accepto.ff. de accept. & in l.cum emptor,de rescindend. uendit. parumq; obstat,quod nostri respondent,in illis legibus agi de obligatione dissoluenda. Nam satis nobis est,non rectè illud inferri,ut quia stipulari uoluerint, non censeantur in id consentire, quod in stipulatum deduxerant, si fortè stipulatio non ualeat. Quod si in eo consentiunt nulla ratio est, cur potiùs ex illo consensu pactũ constituatur,si ad dissoluendam,quàm si ad inducẽdam obligationem,is pertineat. Sed tota hæc certè difficultas ab eo profluxit, quod putarunt nostri in §. si quis ita, ubi solo nutu ad interrogata responsum est, propterea non oriri naturalem obligationem,quod ex præcedenti interrogatione colligatur eos non pacisci, sed stipulari uoluisse. Cùm tamen Vlp. uerè id spectauerit, quod ibi Cumanus animaduertit, nimirum esse nutum si-
3 gnum quoddam æquiuocum, neq; satis certi, ac deliberati animi significationem præbere; cùm sæpe etiam cogitabundi, ac deliberantes annuere soleant. Non id quidem
4 ego inficior, quin & sine uerbis solo nutu uoluntas declarari possit, ut in l.seruo.§.si pupillo.ff.ad Trebell.in l.nutu.ff.de leg.3.in l delegare.ff.de nouat.in l.& in epistola.C.de fideicõmissis. At neque illud negare possum, quin pactum sine uerbis fieri possit. Sed
5 tamen dico,præter nutum alia esse, quibus uoluntas tacitè quidem, sed multò apertiùs, ac dilucidiùs declarari potest, ut facilè intelligemus, si leges illas attentè considerabimus, quibus tacitum pactum inducitur, ut l. qui in futurum.l. Labeo l. item quia.l. si unus.§.penult.ff.de pact. l.2.& l.creditores.C.eod. Itaque quod non oriatur,tunc naturalis obligatio,cùm quis uerbis interroganti,capite tantùm annuit, non ea causa est, quia stipulatio inutilis,utile pactum non habeat,sed quia nutus non satis apertè promittentis uoluntatem creditur aperire. Possemus quidem forsan ex stipulatione ad pactũ infirmandum,coniecturam hoc modo capere, ut diceremus multo minus credi,eum se uelle obligare, qui taceat in actu, in quo uerba esse necessaria non ignoret. Sed concluderemus hoc modo, ob defectum consensus,naturalem obligationem impediri,non autem ob stipulationem inchoatam, nec propter illã regulam: si non ualet, quod ago &c. Quod si ea causa,quæ uitiat stipulationem,consensus præsumptioni nullatenus aduersa
6 retur, ut quia fortè interrogatus statim manu propria scriberet,se libentissimè daturum, facturumve id,quod interrogatus esset,atque interroganti cõscriptam schedulam porrigeret, quanuis hîc quoque stipulandi animum, qui interrogauit habuisset, frustrà tamen dubitari crederem, quin consensu induceretur conuentio, atque ex ea naturalis obligatio oriretur. Ad hæc paucis digredi uolui,explicaturus hoc uerbum,responder, ut intelligeretur responsionẽ sine uerbis illi factã, qui animo stipulandi interrogauit, stipulationem quidem ipsam, sed non pactum uitiari, nec naturalem obligationem impediri. Iam uerò hic omittendæ non sunt duę dubitationes, quæ ex hoc uerbo, respondet, iunctis etiam uerbis superioribus,facilè oriri possunt. Vnã proponit Mar. Socinus nu.133.quæ est eiusmodi.Cum dicat Pomponius stipulationem,esse uerborum cõceptionem,quibus is qui interrogatur &c. respondet,uidentur hæc uerba demonstrare,totam hanc conceptionem in responsione consistere, ut ad quam cętera omnia referuntur,ita ut cętera ipsi responsioni quodammodò accedant. Imò uerò interrogatio ab hac ipsa conceptione uerborum apertissimè uidetur excludi: nam cùm dicitur conceptio

uerborum

uerborum, quibus respondet is,qui interrogatus est, in eo uidetur considerari interrogatio, uti quid prorsus à uerborum conceptione diuersum, ac propterea tantùm exprimi, quod interrogationem esse aliquam necesse sit, cui à promissore respondeatur. Attamen id secus esse compertissimum est,nam cùm stipulatio fiat utroque loquente.l. 1. in princ.inf.eod. non minùs interrogatione, quàm responsione perficitur, nec minùs, qui promittit uerba interrogantis audire debet, quàm qui interrogat, uerba promittentis. Atqui certè, si plus uni, quàm alteri dandum esset, potior interrogatio esse 8
deberet: cùm interrogantis potissimum gratia fuerit hoc remedium stipulationis inuentum: Qua ratione etiam uidemus ab ipsa interrogatione totam stipulationem fuisse appellatam, ut & supra admonuimus. Huic obiecto ita respondet Socinus, ut dicat illam dictionem, Quibus, eo casu accipiendam esse,qui tertius est apud Grammaticos. Quod tamen mihi minimè arridet. Siquidem (ut proximè dixi) ad perficiendam stipulationem, æquè & respondentis,& interrogantis factum concurrit: at hoc modo potiorem interrogationem faceret iurisconsultus, atque in illa una,totam uerborum conceptionem prorsus collocaret. Alio modo respondet hîc Mandel.nu.130. aitq; debere 9
hanc diffinitionem declarari ex l. iurisgentium.§. igitur nuda.ff. de pact. Sed non minùs hoc absurdum est, cùm enim diffinitioni id propositum sit,ut rei definitæ substantiam explicet, nulla in re certè nobis illa usui esset, si non nisi cognito anteà definito,intelligi posset. Tertia eiusdem responsio est,rectè iccircò in definienda stipulatione, uerba ad unum tantùm ex contrahentibus fuisse relata, quia stipulatio non est contractus ultrò citròq; obligatorius, sed ab una tantùm parte obligationem parit. Quod ipsum pariter nullius momenti est, non enim definitur hîc obligatio,quam ab una tantùm parte oriri nemo non fatetur, sed definitur stipulatio, in qua utriusque contrahentis factũ æquè concurrit, ut iam sæpius dictum fuit. Ego demum (ut breuiter hac de re dicam 10
quod sentio) eam puto Pomponij mentem fuisse, ut uoluerit uerborum conceptione non magis interrogationem, quàm responsionem contineri: perinde ac si dixisset,stipulationem esse uerborum conceptionem, quibus unus interrogat,& alter (nempe qui est interrogatus) daturum, facturumve se id, de quo interrogatus est,respondet. Sed ut dilucidiùs, atque uno contextu hanc diffinitionẽ traderet,satiùs esse duxit,totã hãc orationis structuram ab uno uerbo pendere. Vtrùm uerò penderet à uerbo respondet, an à uerbo interrogatur,ipse proculdubio parum referre iudicasset. Et argumento est,altera illa stipulationis diffinitio, quam tradit Paul. in lib.2.recept.sent. cap.3. Stipulatio 11
(inquit)est uerborum conceptio, ad quam quis rectè interrogatus,respondet. Ecce quẽadmodum ipse è conuerso,dum idipsum studet,ut una uerborum structura hanc diffinitionem tradat, conceptionem uerborum,non ad responsionem retulit, sed ad interrogationem, neque ob id tamen à Pomponio uoluisse dissentire existimandus est. Itaque concludamus Pomponium, ut & ipsum Paulum,tàm interrogantis,quàm respondentis actum complecti uoluisse. Ac sanè uidentur mihi ipsa quoque diffinitionis uerba hoc liquidò ostendere. Nam cùm dicatur uerbis ipsis,siue hac ipsa uerborum conceptione, debere eum qui interrogatur respondere, illud mihi apertè exprimi uidetur, etiam uerba interrogationis hac eadem uerborum conceptione contineri. Præter hanc uerò responsionem, alias planè omnes quæcunque afferri possunt, ab omni ueritate alienissimas esse iudico. Altera insuper hîc oritur dubitatio, quam non prorsus duxi silentio prætereundam. Videtur nonnullis reprehendendus Pompon. quod non illud expres- 12
serit,

ſerit, ipſi ſcilicet reſponſioni non ex interuallo, ſed illicò, atque incontinenti reſpondendum eſſe, cùm minimè dubium ſit, continuum actum ſtipulantis, ac promittentis eſſe oportere, ac uix admitti, ut aliquod naturæ momentum interuenire poſſit.l.continuus, inf. eod. Sed cùm in hac diffinitione ſimpliciter dicatur, debere eum qui interrogatur, ad interrogata reſpondere, poterit quis non immeritò exiſtimare, eam quoque ſpeciem hic contineri, cum quis non ſtatim, ſed ex interuallo reſpondet. Verùm hęc difficultas planè ceſſabit, ſi hoc uerbum, reſpondet, non per ſe conſiderabimus, ſed referemus, ut referri debet, ad uerbum, conceptio. Quod non eò ſanè dico, quia illud probem, quod nonnulli exiſtimant, uerbum hoc, conceptio, iunctam ſimul duorum loquelam exprimere, ut huius uocis ethymologia oſtendere uidetur. Video enim appel
13 lari, conceptionem uerborum, etiam quando unus loquitur, ut cùm dicimus; conceptionem iuramenti.l.iuſiurandum.ff. de iureiur. Sed ex eo potiùs argumentor, quia cùm Pomponius unam tantùm ſtatuat eſſe conceptionem, qua interrogatur, & reſpondetur, ſatis ex hoc demonſtrat, continuum actum interrogationis, ac reſponſionis eſſe
14 debere. Quamuis poſteà obtinuerit, ut interuallum temporis modicum, non uitiet ſtipulationem, ueluti ſi cùm quis pręſens interrogaſſet, diſceſſerit, ac paulò poſt reuerſo, reſponſum fuerit.l.1.§.1.inf.eod. At eſt cùm neque ex magno interuallo uitiari poſſe ſtipulatio uideatur, nempe quoties is, qui interrogatur, ſibi ſpatium aſſumit, ut magis
15 deliberatè reſpondeat, atque intra illud ſpatium reſpondet, quo caſu utilem eſſe ſtipulationem contendit Alex. conſ. 107. incip. in cauſa, & lite lib. 2. Idq; & Ripa probat hîc nu. 2. Non caret hoc certè dubitatione, ſed tamen ego in hanc eandem ſententiam propenſior ſum, ea ratione, quia qui incontinenti refert ſe ad id, quod poſteà reſponſurus eſt, eo ipſo uidetur, ſi non explicitè, at ſaltem implicitè reſpondere. ita ut reſponſio poſteà ex interuallo ſubſequuta, uideatur illi ipſi tempori ineſſe, quo quis ſpatium ad reſpondendum aſſumpſit. Qua ratione uidemus, & in teſtamento receptum eſſe, ne explicitè ſtatim fieri inſtitutionem neceſſe ſit, ſed ſatis ſit ad aliam ſcripturam teſtatorem ſe referre, ut dicat uelle ſe eum hæredem eſſe, quem in codicillis
16 nominauerit.l. aſſe toto.ff. de hæred. inſt. l. inſtitutio. ff. de condit. inſtit. cùm tamen apertiſſimum ſit, ſine hæredis inſtitutione, non eſſe teſtamentum.§. ante hæredis, inſt. de legat.§.ſed neque, inſt.de teſtament.§.in primis, inſt.de fideicōmiſſ.hæredit.l.proximè.ff.de ijs, quæ in teſtament. delent. Sed facit illa relatio, ut inſtitutio in codicillis expreſſa, in teſtamento facta uideatur, ut & Papin. & Vlp. aduertunt, in ll. proximè adductis: cùm hæreditas codicillis, neque dari, neque adimi poſſit.l.hæreditas.C.de codicil. Quod idem nos prorſus, & de reſponſione, in propoſita ſpecie affirmari poſſe exiſtimamus.

ARGVM.

QVid cauſæ ſit, cur potiùs actiones, quæ ex ſtipulatione, alijſq; permultis cauſis oriuntur, minùs bonæ fidei dici debeant, quàm quæ numerantur in §.actionum, inſt. de act. Et an pacta incontinenti appoſita, æquè ſtipulationi, alijſq; contractibus ſtricti iuris, ineſſe dici poſſint, ac bonæ fidei contractibus inſunt.

1 Nulli ſunt contractus, ac ne illi quidem, quos ſtricti iuris uocant, qui bonam fidem excludant.

2 Iudiciorum bonæ fidei uariæ appellationes ſunt, nam & malæ fidei, & ſine lege iudicia dicuntur.

In

CAP.

CAP. XXXVII.

QVoniam uidimus quid sit stipulatio, ut nunc qualis ea sit plenius cognoscamus, scire debemus, stipulationem non bonæ fidei, sed stricti iuris esse, neque enim actio ex stipulatu, uel certi condictio, quæ ex stipulatione datur, numeratur in §.actionum, inst. de act. Atque hoc unum stipulationis attributum est, quod mihi uideat explicatione indigere, reliqua enim uel per se nota sunt, uel in ipsius stipulationis diffinitione satis hucusq; à nobis explicata fuere. Sed cur minùs actio, quæ ex stipulatione oritur, aliæq; item complures, possint dici bonę fidei, quàm quæ numeratur à Iustinia-
1 no, in d.§.actionum, non satis certè expeditum est, cum absurdum uideatur ab ullis cõtractibus, bonam fidem excludere. arg. l. eleganter. in princ. ff. de dolo, & l. bonam fidẽ C. de act. & oblig. Quamuis autem hoc dubium proponat Accurs. in §.actionũ, in verb. bonæ fidei, non tamen in eo constanter persistit, sed aliò sermonem deflectit, ut & Ias. ibidem rectè animaduertit. Nec porrò semper eodem modo hæc iudicia appellantur,
2 quę uulgò dicuntur, bonæ fidei, sed interdum malæ fidei, interdum etiam, sine lege iudicia. Sine lege ea dixit Cicero lib. 3. offic. Atque idem lib. 3. de nat. deor. empti, tutelæ, « mandati, pro socio, fiducię, & locati, de mala fide iudicia uocauit. Sicq; etiam creditur « appellasse Dioclet. l. si fraude. C. de prescr. long. tem. de uenditione enim ibi loquitur, cùm dicit longi temporis pręscriptionem, in malæ fidei contractibus locum non habere: quanquam (iudicio meo) hoc ea tantùm ratione dixit, quia ibi dolus interuenerat. Vtcunque uerò appellentur, rectè uidetur horum iudiciorum natura, (quanuis non perfectè, ut posteà dicam) posse ex ijs explicari, quæ in Topicis docet Cicero, cùm dicit, bo-
3 næ fidei iudicia fuisse, in quibus, ex bona fide, addebatur: siquidem, ut clariùs ibi explicat Boetius in earum actionum formulis, illud adiiciebatur à prætore, ut ex bona fide iudicaretur. In his iudiciis (inquit Boetius) in quibus agitur, ut iudices, ex bona fi- « de iudicent, id est, ubi ita iudices dantur, vt non scriptas inter litigantes stipulationes, sed « bonam fidem quęrant, plurimus causarum usus est. Atqui certè hoc ipsum, & nostro- « rum iurisconsultorum complures, haud obscurè explicant, ut Paul. in l. quia tantun-
4 dem. ff. de neg. gest. quo loci tantundem ualere ait in bonæ fidei iudiciis, officium iudicis, quantùm ualet in stipulatione, nominatim eius rei facta interrogatio. Sic & Papinian. in l. Lucius. ff. depos. Est constitutum (inquit) in bonæ fidei iudiciis, ut tan- « tundem possit officium arbitri, quantùm stipulatio. Non sine maxima ratione stipu- « lationi semper comparant, iudicis officium, in bonæ fidei iudicijs: siquidem quoties non erat iudicium bonæ fidei, sed certum quiddam in controuersiam deducebatur, moris erat, ut actor, conceptis uerbis, sponsione certę pecuniæ, prouocaret aduersarium, & quod promissum erat, in iure postularet. Prætor autem in ea ipsa uerba, quibus facta erat sponsio, iudicium concipiebat, si pateret ita esse, ut sponsio facta esset. Sed formula actionum bonę fidei, ita concipiebatur, ut non certum aliquid contineret, sed
5 quantum bona fide dari, fieri oporteret. Quocircà in his iudicijs, nulla sponsio intercedebat, & qui cognoscebat, non tàm iudex, quàm arbiter dicebatur, quippe qui liberiùs arbitrio uti poterat. Atque hęc nobis indicat Cicero, in orat. pro Q. Roscio, cùm inquit. Eundem tu arbitrum, & iudicem sumebas? eidem & infinitam largitionem remittebas, & eundem in angustissimam formulam sponsionis concludebas? Itaque huius differentiæ summa hæc est, quòd in iudiciis stricti iuris, quid dictum:

at in bonæ fidei non tantùm quid dictum,quàm quod actū eſſet ſpectabāt.l.ſed Celſus 6
§.in emptis.ff.de cōtrah.empt.iudici enim libera dabāt facultas, ut id decerneret quòd
bonæ fidei cōueniret. Atq; huic explicationi optimè ſanè cōuenit,quod tradit Iuſtin.in
" §.in bonæ fidei, inſt. de act. In bonæ fidei iudicijs (inquit) libera poteſtas permitti ui-
" dēt ex æquo & bono æſtimādi,quātū actori reſtitui debeat. In quo & illud continēt, ut
" ſi quid inuicem præſtare actorē oporteat,eo cōpenſato,in reliquū is,cū quo actū eſt de-
" beat condēnari. Sunt certè hæc,quæ hactenus dicta ſunt,ueritati maximè conſentanea,
ſed tamē difficultatē haud prorſus tollūt. Nā quòd dicamus fuiſſe iudicia bonæ fidei,in
quibus,ex bona fide, addebāt, hęc ratio in iudicijs tātū concludit. Vt uerò ſcrupuli pla
nè omnes tollerētur,ratio aſſignanda eſſet,quæ nō tātùm in iudicijs,ſed etiā in cōtracti- 7
bus concluderet. Nam cùm uideamus ſæpe,ipſos quoq; cōtractus dici bonæ fidei. l. in
bonæ fidei contractibus.ff. de pecul.l.iuriſgētiū.§.pactus ne peteret,& §.quinimò.ff.de
pact.l. in bonę fidei.C. de reb.cred.neceſſe eſt ipſos quoq; cōtractus aliquid habuiſſe,
cur bonæ fidei potiùs,quàm cæteri dicerētur:& hoc eſt,quod initio diximus,poſſe non
īmeritò cuipiā mirū uideri: cùm illi quoq; cōtractus,qui ſtricti iuris dicūtur,plurimū in
conſenſu,& bona fide conſiſtāt. Nam uel ſi uerè affirmari poſſit,etiā contractus bonæ fi
dei fuiſſe, quorū iudiciis adijciebāt, ex bona fide, tamen neceſſe eſt,in ipſis cōtractibus
cauſam extitiſſe, cur quando ex ijs petebatur,adijcerentur uerba, ex bona fide. Quare
quod hucuſque traditū eſt, de more prętoris in iudiciorū formula proponenda, ad effe
ctū potiùs pertinere uidetur, quàm eius,quod quærimus,cauſam aperire. Præterea uel
ſi maximè id quod quærimus aperiret,tamen uidetur ea ratione dubiū eſſe; quia ſi cōce
deremus nō alia ratione,eſſe illas actiones bonæ fidei,quę habētur in §.actionū,niſi quia
in ipſis permiſſum ſit,iudicis arbitrio,ut ex bona fide iudicet,ac decernat,cogeremur ꝑ 8
fectò fateri, eadem hac ratione,actiones quoq; arbitrarias,bonæ fidei eſſe, pēdent enim
illæ quoq; ex arbitrio iudicis,cui permittitur ex æquo,& bono ſecundum cuiuſq; rei,de
qua agitur,naturā ęſtimare,quēadmodū actori ſatisfieri oporteat, ut inquit Iuſtin.in §.
præterea, inſt.de act. At non eſſe bonę fidei arbitrarias actiones probatur, ex §.actio- 9
nū, inſt. de act. Etenim uoluiſſe ibi Iuſtinianū omnes planè actiones accuratè enume-
rare,ac non exempla tantùm nobis aliquot proponere,argumento illud eſt,quod ne hæ
reditatis quidem petitionem prætermiſit, de qua tamen dicit fuiſſe ante ſuam illam con
ſtitutionem,dubitatum,eſſet nè in bonę fidei actionum numerum recipienda. Nec me
quicquam mouet, quod tradit Corraſius in d.§. actionum,nu. 6. dum affert nonnulla 10
actionū exempla,ueluti actionis iniuriarum,funerarię,ſepulchri uiolati, præſcriptis uer-
bis, quæ datur,precarium reuocare uolenti, et aliarum,quarum nulla eſt mentio in d.§.
actionum.& tamen eas dicit in uarijs legibus,bonæ fidei appellari, ut in l. non ſolum.§.
1. ff. de iniurijs, in l. at ſi quis.§. hæc actio, & § generaliter.ff. de relig. & ſumpt. fun.
in l. penult. ff. de ſepulch. uiolat. in l. 2. in fin: ff. de precar. Nihil (inquam) me
mouent harum actionum exempla, quas bonæ fidei eſſe nunquam conceſſero. Li- 11
cèt enim iuriſconſulti in ll. proximè allegatis, modò actioni æquitatem ineſſe di-
cant, modò actionem ex bona fide fuiſſe introductam, non tamen rectè ex hoc
colligimus, illas actiones eſſe bonæ fidei, eo modo quo bonæ fidei actiones acci-
piendæ ſunt, cùm à ſtricti iuris actionibus diſtinguuntur. Nam & ſtipulationes,bo-
na fide contrahi debent, atque in iudicando bonam fidem exigunt. l. ubi eſt. inf.
eod. attamen nemo dubitat, quin ſtricti iuris ſint, quæ ex ipſis actiones oriuntur.

Itaque

Itaq; obstat adhuc superiori declarationi,quod de arbitrariis actionibus obiiciebatur, sunt enim illæ stricti iuris,ut demonstratū est,& tñ in ipsis quoq; permittit̄ iudici,ex bona fide æstimare,quomodò actori satisfieri oporteat.d.§.prætereà.Occurrit hîc illud prę tereà,quod plerisq; nō īmeritò mirū uidebit̄,cur retenta hac ratione,ut bonæ fidei actio
11 nes,idcò dicant̄,quòd in iis iudex ex bona fide iudicaret,non etiā condictio,quæ ex mutuo dat̄,inter bonæ fidei actiones censeri debuerit. Etenim illā stricti iuris esse constat.l. Lucius.ff. depos. & tamē nulla uidet̄ esse causa, cur non etiā hîc debuerit prætor addere illa uerba,ex bona fide, ac cur minùs in hoc contractu,in quo tibi opē tuli,ac pecuniam qua fortè indigebas,tempestiuè suggessi,cur hinc (inquam) minùs bonam fidem spectari oportuerit. Dura hæc uident̄ primo aspectu,attamen non ualde difficilis est harum rerum omnium explicatio. Videor mihi animaduertere,eūdē fermè ordinē,& modum,
13 quem supra uidimus,quantùm ad efficaciā conuentionum,legē seruasse,etiā in iudiciis, actionibusq; instituendis,illum retinuisse. In conuentiónibus distinguendis,ac diiudicādis (quemadmodum uidimus) id sibi lex proposuit,ut quammaximè certas nobis regulas traderet, ex quibus cognoscere possemus,quænam cōuentiones firmæ, atq; efficaces essent. Verū quia ob incredibilē earū uarietatem,hoc de omnibus facere non potuit,iccircò quæ conuentiones certis regulis concludi non potuerunt,eas iudicis arbitrio permisit, id quod fieri interdum esse necesse,considerat etiā Aristoteles lib.1. Rethor. uel si parcius id faciendum existimet. Idem ergo & in actionibus seruasse legē reperiemus, si quidē id apprimè studuit,ut eas quāmaximè certas redderet. Quod ipsum in illis actionibus facilè assequi potuit, quæ dicuntur stricti iuris, atq; à bonæ fidei actionibus secludunt̄, non quia mala fide,in ijs agendū sit,sed quia ex legis præscripto,earū formula,ita à prętore concipit̄, ut certū semper quiddā contineant,neq; ex bona fide,iudicandi facultas iudici ulla relinquat̄. Ideo autem potuerunt hoc legislatores efficere in eiusmodi actionibus,quia patiunt̄ hoc conuētiones,& causæ,ex quibus illæ oriuntur. At uerò cō
14 trà,uiderunt plerasq; esse conuentiones,quarū natura minimè patit̄, ut quæ ex ipsis prodeunt actiones,certis limitibus coangustari possint, cum primò quidem illę omniū maximè frequētes sint, maximeq; omniū ad mutua hominum cōmercia necessariæ, prout etiā Io. Fab. in d.§. actionū, animaduertisse uisus est. Deinde (quod ad hanc rem plus etiā ponderis habuit) multis modis sæpè uariari eas contingit, ita ut uariè in ijs, pro subiectorū uarietate,modò hoc,modò illud,bonæ fidei ratio exposcat.Eiusmodi sunt emptio, locatio, societas, mandatum, aliæq; conuentiones,quas in d.§. actionū, numerari
15 uidemus. Propterea ergo non putarunt,certa prorsus lege cōcludenda esse iudicia,quę ex eiusmodi causis instituunt̄, qua ratione, & Cicero hæc sine lege iudicia meritò appellauit, sed bonæ fidei,atq; hominū consuetudini multa esse tribuenda,quæ quoniā(ut dictū est) pro negocij uarietate uariari possunt,iccircò ea iudicis arbitrio permiserunt,qui bonā fidē haberet semper præ oculis,atq; ex æquo,& bono iudicaret quid,& quātū sol-
16 ui oporteret. Hac causa etiā uidemus, eiuscemodi actiones,ex ipso negotio nomen assumere, utpotè quæ ipsius negocij naturæ accōmodātur,ut actio,ex empto,ex locato, pro socio,mandati,& similes, At quæ à lege certis limitibus quasi conceptæ sunt,ab ipsa lege pariter nomen plerunq; accipiunt, ut rei uendicatio, præscriptis uerbis, certi condi-
17 ctio,& actio ex stipulatu. Ob id uerò ēt certi cōdictio generalis,quæ ex omni cā cōpetit. l.certi cōdictio.ff.si cert.pet.si ex ea cā ꝑponat̄,ex qua alioquin bonæ fidei actio cōpeteret,nihilominus stricti iuris esse existimari pōt,atq; ita sensit Vldar. Tasius,in §.actionū sæ

pius alleg.Cõuenit maximè huic toti explicationi,quod docet Cicero lib.3.offic. Bonæ
„ fidei (inquit) nomẽ latiſſimè patet, & uerſat̃ in tutelis,ſocietatibus,fiduciis,mãdatis, qui
„ bus humanæ uitæ ſocietas continetur, In his permagni iudicis eſt ſtatuere,quid quemq;,
„ culpæ præſtare oporteret. Permagni iudicis eſſe putat,ex bona fide iudicare, quia ubi 18
de facto tantùm ſit quæſtio,ita ut quantum ad reliqua,actionis formula præſcribat,quid iudicandum ſit, poteſt facilè quiuis eſſe iudex, qui mediocri tantùm ingenio præditus ſit. Hic porrò operęprecium eſt animaduertere,id quod etiam animaduertit Alciatus,in l.bona fides.ff.depoſ. inter bonæ fidei conuentiones eas cenſeri,in quibus actio utrinq; competit,& directa,& contraria. Cuius rei duplex mihi ratio eſſe uidetur,Prima,quia in 19
eiuſmodi conuentionibus,æquitatis ſpecies magis uariatur, Itaq; magis hic neceſſe fuit iudici facultatem concedere, ut ex bona fide iudicaret, ut ſingulis percurrendis, facilè poſſumus animaduertere. Altera ratio eſt,quia,quoties uterque obligat,& uterq; obligatur, æquè alterutri utile eſſe poteſt,ab altero bonam fidem exquiri, atque inſpici potiùs,quid actum,q̃ quid dictum ſit:Quod ſecus eſt ubi unus tãtùm obligat,& alter obligatur,ut in ſtipulatione. Longè tamen mihi prior illa ratio arridet,ex qua optimè etiam 20
intelligitur, quare condictio,quæ ex mutuo competit,non ſit bonæ fidei.Siquidem huius contractus,ea eſt certitudo,ut æquitatis ſpeciem in ipſo uariari nulla ex parte contingat. Proinde potuit certam hoc nomine actionem inſtituere, neque fuit neceſſe bonæ fidei aliquid dare,quod iudicis arbitrio cõmitti oporteret.Quod & Alciat.ꝓbat in rub. ff.ſi cert.petat.ubi alias inſuper duas huius rei rationes affert,cur ſcilicet mutuũ,ſit ſtricti iuris,quæ tamen ambæ friuolæ ſunt,ac nullius momenti. Sed fruſtrà prorſus (ſententia mea) quæruntur alię rationes, cũ uerè illud lex ſpectauerit, quod de mutui certitudine proximè diximus. In mutuo,illud ſemper neceſſariũ eſt,ut idẽ,genere,quantitate,& qua 21
litate reddat̃, neque ab hac parilitate recedi poteſt,quin ſimul,& à natura mutui recedatur. Itaque mutui naturã,quæ omni ex parte æqualitatẽ expoſcit, certiſſimã eſſe neceſſe eſt, neque ullam uarietatem admittere, Ac maximo ſanè illud argumento eſt,naturã mutui,nullo planè modo uariari poſſe, quod uidemus fuiſſe dubitatũ, an ea ſpecie,mutuũ induceret̃, quando pecuniã tibi donaui, ut eam mihi crederes,ut dubitat Iulianus in l.ſi tibi pecuniã.ff.ſi cert.petat.Quod cũ ita ſit,fruſtrà mihi mirari uident̃, qui dubitant, cur certi condictio, quæ ex mutuo competit,ſtricti iuris potiùs ſit, q̃ bonę fidei interpretationem admittat. Eodem hoc propè modo dilui poteſt,quod de arbitrarijs actionibus obiectũ eſt. Verũ quia hæc ſolutio,quantũ ad arbitrarias actiones,plus uidet̃ habere difficultatis, propterea latiùs explicanda eſt. Negari non poteſt,quin arbitrariæ, ac bonæ 22
fidei actiones,maximã ſimul cõmunionẽ habeant. Etenim,ſicut in actionibus bonæ fidei, iudicis arbitrio multa permittuntur, ita etiam in actionibus arbitrarijs. Item, ſicut in actionibus bonæ fidei, hoc arbitrium non prorſus liberum eſt, ſed ad ea reſtrictum, quæ bonæ fidei, atque ęquitati, conſentanea ſunt. §. in bonæ fidei. inſt. de action. Ita in arbitrariis,debet iudex,ex æquo, & bono,& ſecundum cuiuſq; rei, de qua actum eſt,naturam æſtimare,quemadmodum actori ſatisfieri oporteat.§. prætereà. inſt. eo. tit. Attamen dubitandum non puto, quin ab arbitrarijs,bonæ fidei actiones differant,oſtendit hoc primò Paulus in l. in bonæ fidei.ff.de eo quod cert.loc.cum dicit,nõ eſſe locum actioni arbitrariæ, quoties bonæ fidei actionem habemus. Pręterea etiam apertè hoc docemur à Iuſtiniano,qui in §.actionum,de arbitrarijs nullam facit mentionẽ,& tamẽ,ut uidimus paulò antè,oẽs prorſus bonæ fidei actiones,diligenter enumerat.

Neque

Neque obstat, quod nonnulli animaduertunt, ipsum scilicet Iustinianum, post enumeratas bonæ fidei actiones, ita transire ad arbitrarias, ut dicat, Præterea quasdam actiones arbitrarias esse. Quibus uerbis, uidetur superioribus actionibus bonæ fidei, alias nõnullas adiicere uoluisse. Respondeo enim, illa adiectione, Præterea, commune tãtùm utrisque attributum demonstrari, nimirum pręter actiones bonæ fidei, alias insuper esse, in quibus iudicis arbitrium plurimum ualet. Iam uerò differentia inter actiones bonæ fidei, & stricti iuris (ut cæteris omissis, quæ effectus potiùs respiciunt, eam tantùm afferam, quæ hasce actiones, specie inter se diuersas reddit) hæc mihi esse uidetur. Quod in actionibus bonæ fidei, negotii ipsius natura, quę uaria, & incerta est, id semper postulat, ut potiùs quid actum, quàm quid dictum sit, inspiciatur, sicq; attendatur bona fides, Ita .n.
23 mihi uidetur accipi bona fides, ut illi tunc locus sit, cum in dubio aliquo negocio, ipsorum contrahentium mens attenditur, & quod ipsos, ex bona fide egisse credibilius est, ita accipitur in l. bona fides .ff. depos. in l. ex maleficiis .§.1.ff. de action. & oblig. & in aliis legibus, quæ in materia actionum, uel contractuum, de bona fide mentionẽ faciũt. At in arbitrariis, hęc bona fides contrahentium non fuit potissima causa, cur iudici, arbitrio uti posse concederetur, cum non ea sit uarietas, atque incertitudo negotiorum, ex
24 quibus actiones arbitrariæ proficiscuntur, ut inter id quod dictum, & quod actum esse uideatur, ex bona fide diiudicari oporteat. Neque enim uidebimus in Publiciana hoc contingere, ut quod dictum est, uideatur pugnare cum eo, quod actum est, non in
25 actione ad exhibendum, non in noxali, non denique in aliis, quæ inter arbitrarias actiones censentur, si illarum naturam diligenter spectauerimus. Qua igitur ratione, lex noluit, has quoque actiones à iudicis arbitrio pendere? Ego hanc rationem puto fuisse; operępretium est considerare, harum actionum omnium, eam naturam esse (idque singulis percurrendis paulò post demonstrabimus) ut primo aspectu, petitionem uideãtur iniquam continere, & quæ iustissima aduersarii responsione, repelli possit. Eam ob rem ergo æquum non fuit, protinus probato facto, reum temerè condemnari, sed iudicem hîc quodãmodò mediatorem esse debere, existimatum est; ita ut prius diligenter inquireret, an contra, reus aliquid afferret, cuius meritò ratio habenda esset, mox ubi res exigeret, temperamentum aliquod inueniret, atquę arbitraretur, in hunc modum potiùs, quàm illũ, actori satisfieri oportere, quod si eo modo, quo iudex fuisset arbitratus, reus actori non satisfecisset, tunc rectè posset illum condemnare, atque ea ratione, non obtẽ-
26 perantis contumaciam punire. Quanquàm uerò non me latet aliorum sententiam esse, ut non nisi post sententiam, in his actionibus, arbitrio iudicis locus sit: tamen uidetur mihi, ex iustiniani uerbis, in .§. pręterea, contrarium apertè probari. Sed demonstrandum est, quomodò in actionibus arbitrariis, minùs aperta sit petitionis iustitia, etiam si quod ipse ponit factum, planè probauerit, totum enim hoc, est nostræ huiuscę rationis fundamentũ, & facili negotio uidetur mihi hoc posse intelligere, qui singulas illas actiones attentè considerauerit. Primo .n. si conueniar à te, Publiciana, potero dicere te nõ esse dominum, multoq; etiam iudici allegabo, nempè à quo habeam, quomodò habeam, quàm iustè detineam, quantum sim passurus incommodi, si ea res nunc mihi auferatur, atque eiuscemodi alia, quibus facilè unusquisque adduci posset, ut non æquũ esse fateretur, ad eius me rei restitutionem compelli. Si conuenies me, Seruiana, uel quasi seruiana, erit mihi in promptu illa responsio, ut dicam, de his rebus quas petis, nullum me pactum tecum unquàm iniisse, ac ne quidem nuda cõuentione eas tibi obstrinxisse.

Quod

Quòd si ad exhibendum contra me agas, rectè dixero, quid sibi rei meę inspectio est. uolo res meas mihi soli usui esse, alios uerò uel planè latere, habetq; hoc certè maximam æquitatem, cum uulgatum sit, suæ quemque rei moderatorem, & arbitrum esse, ita ut re propria uel abuti unusquisque possit. l. in re mãdata C. mandati. l. sed & si lege. §. consuluit. ff. de petit. hæred. §. sed & maior. Insti. de iis qui sunt sui, uel alie. iur. Contra illum quoque, qui, cum certo loco illi dare promisissem, alio loco me conuenit, probabilis responsio erit. Quid me hîc interpellas, ac maiorem etiam quantitatem, propterea exigis? Bononiæ dare spopondi, ibi pete, atque eandem quam spopondi quantitatem accipies. Aduersus eum, qui ex noxali causa agit, possum dicere, Quid mihi cum iis quę seruus meus deliquit? Solum ipsum seruum delicti culpa attingit, at si noxæ is tradatur, ad me damnum hoc pertinebit, quod profectò uidetur absurdum, arg. l. sancimus. C. de pœnis, & . l. non debet alteri. ff. de regul. iur. Ac denique, si conueniar actione de dolo, uel quod metus causa, probabili non carebo defensione, sic enim respondebo. Ecce res tua, quid quæris amplius? iniuria nulla es affectus, res ablata, tibi eodem statu iam restituta est, Quid tibi abest? Iam uidemus, non ea ratione constitutum esse, ut eiusmodi actiones à iudicis arbitrio penderent, quia debeat iudex, inter id quod actum est, & quod uerbis fuit expressum, diiudicare, & bonam fidem partium intueri (est. n. hoc tam alienum ab actionibus arbitrariis, quàm in bonæ fidei actionibus necessarium). Sed quia etiam post probatam actoris intẽtionem, potest reus, tam probabiles rationes afferre, ut non æquum fuerit, eam hisce actionibus formam tradere, per quam deberet omnino ipse reus, certis necessariisq; regulis condemnari, sed tota potiùs condemnandi ratio, ipsius iudicis arbitrio permitti debuerit, cum præsertim condemnatio, non solam semper rei restitutionem contineat, sed uel penam, & interesse, uel quanti in litem iuratum sit, quæ, quia non sunt in obligatione, officio iudicis præstantur, ut inquit Accur. in d. §. præterea, in uers. ex arbitrio. Meritò igitur dicuntur arbitrariæ, quia multò plus in illis, quàm in aliis quibuscunque actionibus, ualet arbitrium iudicis, & hoc aduertit Iustinianus, in d. §. præterea, cum exponit actiones arbitrarias, id est, ex arbitrio iudicis pendentes, In actionibus uerò bonæ fidei, minùs liberum est iudicis arbitrium, utpotè quòd in eo tantùm positum est, ut quantùm ad nonnulla, quæ negotio ipsi principali accedunt, æstimet iudex, quid partes ex bona fide egerint, Atque id causæ fuit, cur bonæ fidei potiùs, quàm arbitrariæ appellarentur: Multa etiam hac ista de re disserunt noster interpretes, Accur. Faber, Iason, & alii, in d. §. præterea, dũ quęrunt, an, & quo modò ab arbitrariis, bonæ fidei actiones distingui debeant. Verùm nos hæc, quæ hucusque diximus, ad ueritatem obtinendam satis esse arbitramur. His duobus obiectis penitus iam sublatis, quorum alterum, ad certi conditionem ex mutuo, alterum, ad actiones arbitrarias pertinebat, nihil iam amplius obstabit, quo minùs uerissima esse concludamus, quæ, quantùm ad bonæ fidei contractus, & actiones, supra docuimus, cum ab actionibus stricti iuris, illas distinximus. Aliæ insuper multæ possunt afferri differentiæ inter bonæ fidei, & stricti iuris actiones, nimirum quæ ad id, quod interest, ad moram, ad usuras, ad fructus, spectant, traduntur q; ab Accursio, & aliis, in d. §. Actionum. Sed sunt hi potiùs effectus quidam, ac quasi riuuli, qui omnes ab uno illo, quem supra commonstrauimus fonte promanant, dum rationem adduximus, cur in bonæ fidei conuẽtionibus, non tam quid dictum sit spectari debeat, quàm quid actum sit, & quid officiũ probi uiri, bonæque fidei ratio exigat. Quod uel si multis legibus expressim traditur, ut

ut.l.quia tantundem.ff.de nego.gest. l. Lucius.ff. depos. l.in emptis.ff.de cōtrah.empt.
30 Tamen uno, uel altero subiecto exemplo clariùs intelligetur, quo pacto hoc totum, quod simpliciter hactenus tradidimus, ad praxim referendum sit. Seruo quem mihi debebas, dedisti uenenum, mihiq; posteà illum tradidisti, nunquid iudici facultas erit, de hoc dolo cognoscendi? Hanc quæstionem proponit Vlpianus, in l. eleganter.§.1.ff. de dolo, aitq; multum referre, utrùm ex empto agatur, an ex stipulatu, sicq; utrùm bonæ fidei, an stricti iuris iudicium sit; nam si ex empto, poterit iudex de dolo cognoscere, si ex stipulatu, non poterit. Habet uerò hæc differentia eam rationem, quia semper iudici (uel si à partibus is fuisset assumptus, ut in l. si conuenerit.ff.de iurisd.omni. iud.) prętor actionis formulam daret. In actione ex stipulatu, quæ stricti iuris est, dabat formulam in hæc uerba, si pateret Meuium, Sempronio Stichum seruum dare oportere, tum Meuius damnaretur, quæ uerba minimè dolum complectebantur. At in actione ex empto, ita formulam prętor concipiebat, si pateret Mæuium Sempronio Stichum seruum uendidisse, tùm quantum illum Sempronio ob eā rem dare, ex bona fide oporteret, tanti damnaretur, quę uerba, ex bona fide, cùm dolū omnem excluderent, meritò ad hunc casum extendebantur, cum seruo ante traditionem uenenum datum fuerat. Qua de re rectè dicimus, in bonæ fidei iudiciis actionem,
31 & exceptionem doli, contineri .l.huiusmodi.§.qui seruum .ff.de legat.1. l. si quis infirmauerit.ff.de dolo malo.l.sed si.ff.solut. matrim. Quæ uerò differentia fuit à nobis considerata inter actiones bonæ fidei, & stricti iuris, eadem locum habebit, etiam si in eadem causa, & persona, actiones illæ concurrant. Fundum Tusculanum emisti à Titio, fructibus iam maturis, atque pendentibus, atque ab eodem Titio eundem fundum stipulatus es, siue uacuam eius fundi possessionem tradi: fructuum uerò nequè emendo, neque stipulando mentionem ullam fecisti: refert hic plurimum utrùm, ex stipulatione agas, an ex empto actione utaris. Nam stipulatione, fructuum prestatio non continetur.l.3.§.i.ff.de action. empti.l.si filius familias.§.1. inf. eod. at si exēpto agas, fructus ēt consequeris, quia cùm de iis si minùs dictum, at saltem actum uideatur, certè bona fides, quæ in emptione exigitur, & quam iudex ex prætoris præscripto, in actionis formula concipienda, præ oculis semper habebit, ipsos quoque fructus præstari postulabit. At-
32 tamen nec fructus, nec usuræ, nec alia quæ bona fides præstari postulat, in obligatione sunt, sed iudicis tantùm officio (ut diximus) continentur.arg.l.quam.ff.locat.l.aduersus.C.eod. l. in bonæ fidei, cum multis simil. C. de usuris. docetq; hoc idem Bald. in l. 1. in fin. C. de usur. & fru.leg. Item Angel. in l.si marito.§.ulti. ff. sol. matri.ac cæteri ēt multis in locis, ac præsertim in .§.actionum, & in .§. 1. inst. de offic. iud. Et quamuis Accur. in d. §. actionum, uideatur de fructibus contrarium sentire, cuius sententiam, ut notabilem commendat Mathes. not. c1. tamen in hoc frequentiùs damnatur, ut aduertit Alex. in d.l.si marito.§.ulti.ff.sol.matri. Iam uerò cum stipulationem, stricti iuris esse perspicuū sit: sunt qui rectè, ex hoc concludi posse existiment, pactum inconti-
33 nenti appositum non inesse stipulationi, ac propterea ad agendum inefficax esse: putant enim inesse illud tantùm contractibus bonæ fidei, ac bonæ fidei actiones informare. Ita Socin. in l. 1. §. si stipulanti, infr. eo. Deci. in l. bona fides. C. de pact. ac recentiores nonnulli in d. l. petens. C. de pact. Fuitq; hæc sententia Christofori Portii, inst. quib.mo.re conth.oblig. Videtur autem hæc opinio optimè probari (ut alia multa prætercam, quæ planè friuola sunt) legibus nonnullis, in quibus iurisconsulti, dum generatim statuunt,

tim statuunt, pactum incontinenti appositum contractibus inesse, de bonæ fidei contractibus tantùm loquatur, ut Vlpi. & Maximil. in l. ius gentium .§.quinimò .ff.de pact. & l. in bonæ fidei . C. de pact. Nec enim temerè factum fuisse existimandum est, 34
ut ad contractus bonæ fidei,hoc pronunciatum iurisconsulti coangustauerint. Attamē contraria sententia,quæ frequentiùs recepta est (missis cæteris argumentis quæ parum stringunt) non minùs apertè probatur ex.l.lecta .§. dicebam .ff. si cæt. petat. Dicebam (inquit ibi Paulus) quia pacta incontinenti apposita stipulationi inesse creduntur. Sicque uidetur Paulus perspicuè aduersari Vlpiano,& Maximiliano,in legibus,paulò ante adductis. Quamuis uerò Decius, Bulgar. ac recentiores in d. l. petens. C. de pact.existiment,illa uerba Pauli esse restringenda,ut loquatur tantùm de pacto,quod respicit naturam contractus, quodq; proptereà actionem ipsam non informat, sed reformat, ut cum de pecunia aliquid conuenitur, uel de die, qui pars summæ est.l.i.§.diem ff.de eden. tamen nemo non uidet hanc responsionem non esse eiusmodi, ut nos quietos reddere possit. Neque enim ita loquitur Paulus,ut ipsius uerba ex re subiecta restringi, aut declarari possint. Sed in ratiocinando,utitur generali pronuntiato tanquàm ab omnibus iam approbato, siquidem non solus asserit ipse, pacta incontinenti apposita stipulationibus inesse, sed quia ab aliis id iam receptum erat, ideo ex hoc ipso,propositam ipse quæstionem decidit; Maximè etiam huic sententiæ creditur suffragari.l. petēs. C. de pact. ubi non in particulari aliqua facti specie, sed absolutè statuitur,ex eo pacto 35
agi posse, quod post stipulationem statim interpositum est. Veruntamen hæc lex parū me mouet, uideo enim ibi loqui Diocletianum,de pacto stipulatione confirmato,non de pacto, quod stipulationi legem aliquā imponat,de quo nos loquimur in præsentia. Quare tota hæc difficultas ab eo pendet,quod dicit Paulus in d. l.lecta .§. dicebam. Iacob.Cuiatius in d. l. iurisgentium. §. quinimò .ff. de pact. putat ea distinctione, hanc 36
quæstionem decidi oportere, ut dicamus, ex parte quidem rei,pactum stipulationi inesse, aliisq; item contractibus stricti iuris, atque ita loqui Paulum in d. l. lecta .§. dicebam; uerum ex parte actoris non inesse,atque id spectasse Vlpianum,in d.§. quinimò, Itemq; Maximil.in l. in bonæ fidei, dum solis bonæ fidei contractibus,hanc regulam accommodat, ut pacta incontinenti apposita,ipsi inesse credantur. Verùm hanc restrictionem,non uidentur mihi pati uerba Vlpiani in .§. quinimò, qui prius absolutè testatur,hoc pronunciatum in bonæ fidei iudiciis receptum esse, ac deinde distinguit, utrū ex parte actoris, an ex parte rei, ut facile intelligas,quantum ad iudicia stricti iuris,hanc distinctionem non esse necessariam. Nihiloq; magis certè hanc restrictionem patiuntur uerba Pauli in d. l. lecta.§.dicebam, si perpendātur eo modo, quo nos paulò ante illa perpendimus. Ludouic. Charonda lib. 2. uerisim. cap. 9. cùm uideat quàm difficilè 37
sit,hac in re aliquid reperire, in quo animus acquiescere possit, eò fertur coniectura, ut putet horum iurisconsultorum,Pauli, & Vlpiani,contrarias hac de re sententias fuisse. Quod ipsum ego sanè, nisi alia uiderem obstare, non per se absurdum esse iudicarem, cum præsertim uerisimile sit,aliquam inter eos fuisse emulationē, atque in dicendis sententiis dissensionem, quos ambos constat eiusdem Imperatoris, nimirum Alexandri Seueri consiliarios, atque ambos pariter præfecti Prætorio assessores fuisse. Sed uerba, quibus ipsi iurisconsulti utuntur, huic coniecturæ planè aduersantur. Considerandum est enim,neque Vulpianum d.§.quinimò,neque Paulum in.§.dicebam,ex propria sententia id dicere, quod nobis hoc tempore negotium facit,sed utrumque illud referre,

tanquàm

tanq̃ passim, ab aliis quoq; tũc receptum. Attamen cũ eodem illi tẽpore uixerint, absurdũ planè est eadẽ de re cõtrarias tũc sentẽtias fuisse receptas, nam Vlp. in §. quinimò, ver. solemus. Solemus. n. (inquit) dicere, pacta cõuẽta inesse bonæ fidei iudicijs: & Paulus in l. lecta. §. dicebã. Dicebã, quia pacta incõtinẽti apposita stipulationibus inesse credũ-
38 tur, pinde esse, &c. Itaq; nõ dubito, quin Carõdas ingẽti errore capiatur. Quid ergo dicemus? Aut solus ego fallor, aut huius rei multò facilior explicatio est, q̃ vulgò cæteri arbitrẽtur. Ante oĩa illud puto animaduertẽdũ Vlpianũ, in §. quinimò, cũ refert nobis quomodò hæc regula usurpari soleret, loqui de bonę fidei iudiciis, nõ de bonæ fidei cõtractibus, ait enim, sic dici cõsueuisse, pacta cõuẽta inesse bonæ fidei iudiciis; at uidemus secus loqui Paulũ in §. dicebã, loquĩ. n. nõ de iudiciis, sed de stipulationibus, aitq;, uideri pa-
39 cta incõtinẽti apposita, stipulationibus inesse. Quæ duæ regulæ (sentẽtia mea) nõ modò nõ simul pugnãt, sed mirificè simul cõsentiũt, ac maxima cũ ratione traditæ sunt. Rectè dicũtur pacta cõuẽta inesse bonæ fidei iudiciis, quia pacta, quę adiiciunĩ cõtractui bonæ fidei, differunt ab ipso cõtractu, ac distinctã ab eo naturã habẽt: unde nõ dicunĩ inesse illi cõtractui; sed quia in iudicio, eorũ quoq; pactorũ habeĩ ratio, propter illa uerba ex fide bona, quæ in tradẽda actionis formula prætor addebat, ideò illa pacta licèt nõ insint cõtractui, sed ab eo planè distincta sint, tñ uerè ipsi iudicio inesse dicunĩ; nec quicq̃ aduer-
40 satĩ Maximi. in l. in bonæ fidei, quia licèt nõ loquatur de bonę fidei iudiciis, sed de cõtractibus, tñ nõ dicit bonę fidei cõtractibus inesse pacta, sed dicit in bonę fidei cõtractibus ex pacto nasci actionẽ, si incõtinẽti fiat; quorũ uerborũ idẽ sensus est, ac si dixisset, bonæ fidei iudiciis inesse pacta, quæ sunt (ut diximus) ab ipsis cõtractibus distincta. At pacta in cõtinenti adiecta stipulationi, uel aliis cõtractibus stricti iuris, si modò cũ iis cõpatibilia sint, ipsorũ cõtractuũ substãtiã perficiũt, nec uerè ab ipsis distincta sunt, ut de singulis iã
41 statim demõstrabimus. Quare ratio in prõptu est, cur stricti iuris iudiciis inesse non possint; quomodò. n. præter cõtractũ, pacta quoq; cõtractui adiecta iudiciis inerũt, si ipsa pacta p se nõ cõsiderãtur, imò, & p se nihil planè sunt? Sed uideamus quid causæ sit, cur pacta adiecta cõuẽtionibus stricti iuris nõ sint ab ipsis distincta, ut sunt distincta à cõtractibus bonæ fidei, qñ ipsis adiiciunĩ; nam ex hoc simul intelligemus qua ratione hæc ipsa pacta incontinẽti adiecta post stipulationes, ipsis stipulationibus inesse credãtur. Stricti iuris contractus, de quibus Vlpianus, & Paulus loqui potuerũt hi sunt, nẽpè contractus ĩnominati, mutuũ, & stipulatio, donationẽ omitto, quia tũc illa inefficax erat, nisi uel stipulationis, uel traditionis p̃sidio niteretur. Quod attinet ad contractus ĩnominatos, uideĩ mihi satis perspicuũ esse posse, pacta quę incontinẽti iis adiiciũtur, nõ esse ab ip-
42 sis distincta; etenim cũ nulla re alia, q̃ ipsis pactis ultrò citroq; factis, constẽt contractus ĩnominati, non possunt habere naturã ab ipsis pactis separatã. Itaq; quoties post contractũ ĩnominatũ incontinẽti pactũ aliquod adiicietur, incipiet ille contractus nouã negotii formã habere, quæ nouũ illud quoq; pactũ continebit. Neq;. n. certã aliquã formam, aut naturã habet, sed quasi quidã Proteus pro negotiorũ, ac pactorũ uarietate quibus ipse constat, uarias figuras assumit. Vnde etiã factũ est, ut pro eiusmodi contractibus, nulla
43 certa actio cõpeteret, sed prout uerba hoc, uel illo modò concepta erãt, ita actionis formula ad id, quod conuenerat accõmodata, conciperet, ac ,ppterea appellata est actio p̃scriptis uerbis, utpotè q̃ p̃scriptis uerbis rẽ gestã demõstrat. l. cũ mota, in fi. C. de trãsact. l. 2. & 4. ff. de p̃script. uerbis. Neq;. n. p̃tor formulã ex edicto suo sumebat, sed litigatores ipsi suo marte, uel iurisconsulti alicuius opera, actionis formulã concipiebãt, secũdũ pactũ inter eos conuentũ, atq; in ea uerba & sponsionem faciebant, & iudicium à prętore impetrabant.

FF

impetrabant. Quod totũ eò spectat, ut cognoscamus cõuẽtiones illas, seu cõtractus, pro quibus cõpetit actio pscriptis uerbis, non habere certã naturã, ac separatã ab illis pactis, quæ ipsis fortè adiiciant. qua ex re fit, ut neque pactũ incõtinẽti adiectũ cõtractui, seorsum cõsiderari possit, tanq̃ à contractu ipso distinctũ, cũ nulla ratio sit, cur minùs ipsum, quàm cætera pacta, illius cõtractus formã perficiat. Quocircà nec rectè dicet inesse iudicio, quod eo nomine instituit; sicut nemo dixerit, iudicio empti inesse pacta de augẽdo, uel minuẽdo pretio; quæ cũ emptionis substãtiã attingãt, nõ sunt ab ipsa emptione distincta, sed nouã emptionẽ cõstituũt, ut disertè tradit, in l. pacta cõuẽta. ff. de contrah. empt. Quod diximus de cõtractibus inominatis, idẽ, & de mutuo affirmamus; nimirum pacta mutuo adiecta, nõ posse ipsius iudicio inesse: sed tñ nõ eadẽ rõne hoc fit, nimirũ, quia q̃ extrinsecus cõueniũt, mutui substãtiã perficiãt, sed quia cũ huius cõtractus certissima, ac 44
planè inuariabilis natura sit, semperq; necesse sit idẽ genere, quãtitate, & qualitate, restitui, quoties pacto extrinsecus aliquid adiicit, protinus mutuũ esse desinit, ac fit potiùs cõtractus inominatus, do ut des, uel do, ut facias. Itaque quoties ponis mutuũ esse, atq; ex eo agi posse, illud quoq; cõcedas necesse est, nulla extare pacta, quę ipsius iudicio insint. Demũ uerò, ut ad stipulationes ueniamus; cur pacta incõtinẽti stipulationib⁹ adiecta, ipsarũ iudiciis nõ insint, eadẽ planè ratio est, quã in cõtractibus inominatis addu ximus: nimirũ quia cũ stipulationi nullũ peculiare negotiũ propositũ sit, ex quo certã ip 45
sa naturã assumat; ideoq; nec pter ordinẽ interrogationis, ac respõsionis ullã propriã formã habeat, ex hoc fit, ut quoties post stipulationẽ aliquid cõuenit, i quo stipulationis pacto aliquid adiiciat, uel detrahat, iam nõ amplius, idẽ sit stipulationis pactũ, quod prius erat, sed posteriore consensu mutet, & noua stipulatio inducet, ut perspicuè sentit Vlpianus in l. 1. §. si quis simpliciter, in fin. neq; enim quicq̃ refert utrũ responsionis diuersitas placeat incõtinẽti, an incõtinẽti post stipulationẽ aliquid cõueniat. Quocircà rectè hinc cõcludit, posteriùs pactũ uerè ab ipsa stipulatione nõ esse distinctũ, ac propterea ipsius stipulationis iudicio nõ inesse. Atq; ita illud accipiẽdũ est, quòd pacta incõtinẽti apposita (quẽadmodũ dicit Paulus) stipulationi inesse credant, nẽpè, ut quoties post stipulationẽ, aliquod pactũ illico subsequit, perinde sit, ac si eadẽ stipulationis forma, & solẽnitate illud quoq; cõtineret: trahitur. n. hæc forma etiã ad sequẽs pactũ, ita ut posteriore pacto, prius mutet, ac reformet, ut in d. §. si quis simpliciter. Quare tãtũ abest, ut simul pugnent duæ istæ regulæ Vlpiani, & Pauli, ut imò una ex altera necessariò sequat; nã si pactũ incõ 46
tinenti appositũ (quẽadmodũ dictũ est) credit inesse stipulationi, ac stipulationẽ ipsam reformat, nec iam amplius ab ea distinctũ est, reliquũ est, ut in iudicio, quod hoc nomine instituit, pter stipulationẽ, nihil aliud cõtineatur. Itaq; rectè Vlp. stipulationẽ ab illa regula exclusit, qua traditũ est, pactũ incõtinẽti appositũ, bonæ fidei iudiciis inesse, quod & de aliis pactis iam demõstrauimus, quę cæteris stricti iuris cõtractibus adiiciũtur. Satis iam ex pdictis intelligitur falsum esse, quod frequentiùs nostri crediderunt, nimirũ 47
regulam. §. quinimmò, etiam ad contractus stricti iuris porrigendam esse. Intelligitur prætereà non minùs illos quoque errare, qui sententię cõmuni aduersantes pdictã regulam à cõtractibus stricti iuris, ita excludunt, ut quia pacta incõtinẽti adiecta, stricti iuris iudiciis nõ insunt, propterea existimẽt planè inutilia esse pacta, quę post cõtractus stricti iuris 48
incõtinẽti apponuntur. Quæ uerò argumẽta ad id probandũ ipsi adducunt, ueluti nõ debere extendi, quæ stricti iuris sunt. l. quicquid astringendæ. inf, eo. Itẽ uerba semper contra stipulantem accipienda esse, hæc (inquam) atque alia eiusmodi argumenta, quę

in proposita

in proposita quæstione afferuntur, non modo friuola sunt, sed à ueritatis semita prorsus aberrant, ut facilè unusquisque intelliget, qui ea, quæ proximè diximus, attentè considerauerit. Nihiloq; magis obstat, quod dicitur in l.1.§. si stipulanti mihi: siquidem negamus ibi adesse præsumptum consensum, ex quo pactum perfici possit; qua de re supra in materia pollicitationum latissimè disseruimus. Attamen Bart. in l. lecta, in fi. ff. si cert. pet. nu.29. non longè mihi uidetur ab iis, quæ diximus dissentire, dum considerat, non dixisse ibi Paulum, pacta incontinenti apposita, actioni, uel obligationi inesse, sed stipulationi. Ideoq; concludit perinde esse, ac si pacta ipsa in stipulationem fuissent deducta. Verùm hîc probabiliter dubitari potest, cur si non minùs efficacia sunt pacta,
49 quæ cæteris contractibus stricti iuris, quàm quę stipulationibus apponuntur, de solis tamen stipulationibus ea regula nobis tradita fuerit, ut pacta incontinenti apposita, ipsis stipulationibus inesse credantur. Crediderim ego id causæ fuisse, quia in cœteris contractibus stricti iuris, nec etiam primo ueritatis cortice inspecto, dantur ulla pacta incontinenti, eadem de re interposita, quæ uel non mutent ipsum contractum, (ut in mutuo fit) uel non ipsius contractus pars sint, ut uidimus fieri in contractibus innominatis. Quare nihil fuit necesse considerare utrùm, ea pacta contractibus inessent, uel non inessent, cũ nullo planè modo ab ipsis contractibus distincta sint. At cum post perfectam stipulationem, incontinenti aliquid conuenitur, uerè hoc pactum à stipulatione distinctum esset, nisi ex legis interpretatione, stipulationi inesse crederetur.

ARGVM.

IN illa quæstione, qua ratione inuenta sit stipulatio, multa à nostris, & frustrà, & falsò tradi, quorum uerior explicatio, ex supra dictis desumi possit. In eo uerò quod disputant, utrùm stipulatio adiecta contractui innominato, ipsius naturam imitetur, non nulla capita accuratiùs esse distinguenda, in quorum primò reprehenditur Socinus, quòd actionem præscriptis uerbis, quæ oritur ex contractu innominato, non natiuam, sed datiuam esse existimauerit.

1 Reprehenditur Castrensis, qui etiam ob promissiones iudiciales, putauit esse necessarium stipulationem inuenire.
2 Falsum est, uestiri pactum calore iudicij.
3 Non est concedendum ullos fuisse casus, in quibus iure gentium non esset prouisum.
4 Fideiussiones, acceptilationes, nouationes, aliæq; id genus promissiones, iure gentium non fuerunt inefficaces.
5 Inueniendæ stipulationis ratio.
6 Quando sit locus illi regulæ, ut nostra intersit habere plura remedia.
7 Duo sunt, quæ contractibus innominatis creduntur esse peculiaria.
8 Quid frequentiùs Doctores sentiant de stipulatione contractibus innominatis apposita.
9 In proposita quæstione, nempè de stipulatione contractibus innominatis apposita, tria capita distinguuntur.
10 Quid per se possint contractus innominati ante implementum.
11 Tres quæstiones, de effectu stipulationis adiectę contractibus innominatis ante implementum.
12 Facit stipulatio, ut ante implementum agi possit.
13 Ex contractibus innominatis, non natiuam, sed tantùm datiuam actionem competere, existimat Socinus.
14 Quomodo Accur. Bart. & alii, actiones natiuas, à datiuis distinguant.
15 Vlpiano aduersatur Socinus, dum præscriptis uerbis actionem negat esse natiuã.
16 Communis distinctio natiuæ, & datiuæ actionis, à ueteribus iurisconsultis confunditur.

CAP. XXXVIII.

HAbemus iam non modò quid ſit, ſed etiam qualis ſit ſtipulatio, nunc uerò inſtituti ordinis ratio poſtularet, ut uideremus, qua ratione inuenta ſit ſtipulatio, quã quæſtionẽ proponit hîc Caſtrenſis, in 4.q̃one, & latiùs deinde cęteri proſequunt. Alex.col.2. Bald. nouellus nu.26. Soci. nu.19. Butigel. col.7. multòq; etiã fuſiùs receẽtiores: Mar. Soc. in 5.q̃one nu.163. Iacob. Mandel. in 7. dubit. nu.151. Læonius, in 11. q̃o. nu.231. At nobis hac in re cõmorari non eſt neceſſe, quandoquidem ex ijs, quæ uariis in locis ſupra docuimus, facilè poſſumus intelligere, non modò, quæ ſtipulationis inueniẽdæ cauſa extiterit, ſed etiã quomodo alia nonnulla accipienda ſint, quæ huius rei occaſione, magno apparatu hîc à noſtris diſputantur, dum Caſtrenſis dicta perpendunt, quoniam docuerat Caſtrenſis ſtipulationẽ, partim ob utilitatem inuentã eſſe. arg. l.5. §. conuentionales. inf. eo. partim ob neceſſitatem, ut in caſibus iuriſgentium adminiculo deſtitutis, ad quam rem argumento eſſe dixerat, non tantũ promiſſiones fideiuſſorum, quæ ſine ſtipulatione inutiliter fiunt, ſed etiam promiſſiones iudiciales; Quantum ad has pro- 1
miſſiones iudiciales, reprehendunt illũ cæteri interpretes, ac præſertim Alex. & Iaſ. quòd dicant, hac de cauſa ſtipulationes haud quaq̃ fuiſſe neceſſarias, cum etiam nudum pactum in iudicio factum pariat actionem, ſi minùs ſemper, ac ſaltem quando ipſi iudicio, aliquo adiumento eſſe poteſt, ut docent Accur. in authẽ. generaliter, ver. cõſcribat. C. de epiſc. & cler. Alex. & Doc. in l. pacta nouiſſima. C. de pact. arg. l eũ qui, ubi Accurſ. ff. de in ius uocan. Nos uerò has omnes diſputationes planè inanes eſſe iudicamus, tum quia falſum eſt, id quod omnes hîc ponunt, ueſtiri pactum calore iudicii, quemadmodũ ſu- 2
prà oſtendimus, tùm etiã quia minimè admittendũ putamus, ſtipulationũ inuentores, de ſtipulationibus potiùs inualidis, aut de fideiuſſoriis magis, quàm de aliis cogitaſſe, ut neque diſtinctionem illam probamus, de caſibus à lege prouiſis (ut Caſt. conſiderat) uel nõ prouiſis; ſiquidẽ negamus ullos eſſe caſus, quibus iure gentiũ prouiſum nõ fuiſſet, quòd 3
enim nudæ conuentiones, ad petendũ inefficaces ſint, hoc non niſi iure ciuili Romanorũ inductũ fuit, ut teſtis eſt Paulus lib.2. recept. ſentẽt. tit. 14. & probat in l. ſi tibi. C. locat. Itaq; nõ cõcedimus inefficacẽ iure gentiũ fuiſſe fideiuſſionẽ, aut acceptilationẽ, aut 4
nouationẽ, pœnæve promiſſionẽ, uel uſurarũ, aut dotis reſtituendæ, licèt poſt regulã illã iure ciuili introductã, ne ex nudo pacto agi poſſet, fuerit pariter inductum, ut promiſſiones illæ omnes, ſine ſtipulatione inutiles eſſent. l. blanditus. C. de fideiuſſ. l. 1. l. an inutilis §. acceptum, & l. uno. §. 1. ff. de accept. §. itẽ per acceptilationem, inſt. quib. mod. tolli. oblig. l. ſeruus ea lege, & ibi not. ff. de ſeru. export. l. quamuis. 1. C. de uſur. l. auia. C. de iur. dot. Fecit enim in primis præiudicii ratio, præter alias rationes, quæ nobis facilè in ſingulis ſpeciebus occurrẽt, ut uel ſi noſtrarũ legũ auctores, multas cõuẽtiones nudas uariis de cauſis approbarint, p̃dictas tñ promiſſiones nudo pacto factas minimè approbãdas iudicarint, quanq̃ in nouatione hoc perpetuũ nõ eſt; ſiquidẽ illa, & ſine ſtipulatione interdũ fit. l. ſi mãdato meo, in fin. ubi Accurſ. ff. mandat. quã legẽ, ut ſingularẽ, atque animaduerſione dignã, cõmẽdat Bar. in l.1. col.1. verſ. ſed quæro. ff. de nouation. Quapropter miſſis multis, q̃ de inueniẽdæ ſtipulationis cã, à noſtris differunt, nos unico uerbo eã 5
tradimus, quã & ſupra aliquotiẽs nobis attingere cõtigit: cũ.n. ut (ſæpe diximus) multæ eſſent cõuẽtiones dubię, atq; incertę, quarũ æquitas nõ niſi in ſingulis ſpecieb' ex cauſis, & perſonis æſtimari poterat, ut generatim, atq; in uniuerſum, de iis quoq; poſſet lex decernere,

cernere,cōſentaneū fuit,remediū aliquod excogitare,quod eorū qui cōueniūt uolūtatē clariùs indicaret,& obligatiōes firmiori quaſi uinculo adſtringeret.Ideoq; uerè dici poteſt,firmādarū obligationū gratia, inductas eſſe ſtipulatiōes, cū alioquin neceſſe fuiſſet, multas obligationes,legis approbatione deſtrui, quæ uel ſi nō tàm certā æquitatis ſpeciē haberent, ut generatim potuerint approbari; tamen inefficaces eſſe non debuerint. Vnde Paulus lib. v. recept. ſent. cap. 7. obligationum (inquit) firmandarum gratia, ſtipulationes inductæ ſunt, quæ quadam uerborum ſolemnitate concipiuntur, & appellatæ ſunt, quòd per eas firmitas obligationū cōſtringitur.Negari non poteſt, quin quantum ad illas quoque obligationes, quæ uel per ſe efficaces alioquin fuiſſent,poſſint eſſe uſui ſtipulationes. Verumtamen crediderim (ut dixi) ſtipulationis inuentores,ibi tantùm in animo habuiſſe, ut illis obligationibus quaſi opem afferrent,quæ alioquin fuiſſent inefficaces; neque illud cogitaſſe, quòd noſtra interſit, plura habere remedia,cùm
6 illi regulæ tunc locus ſit, cùm plures actiones, licèt eiuſdem rei nomine competant; tamen non eodem planè reſpiciunt,ut in l. cùm filius .§. uariis .ff. de legat.2. & in l. quod in hæredem .§.eligere .ff. de tribut. acti. Huic porrò quęſtioni, quare inuenta ſit ſtipulatio,altera illa maximè affinis, & connexa eſt, quos effectus operetur ſtipulatio, ſolent enim leges, cùm actum aliquem introducunt, eius ipſius effectus,imprimis ante oculos habere. Quoniam uerò cæteri ſtipulationis effectus notiſſimi ſunt, id tantùm Doct. ferè omnes inquirunt in fine huius Rub. quid operetur ſtipulatio, quando apponitur ſuper cōtractu innominato. Atque hoc ipſum, licèt generatim, & abſolutè à multis quæratur, tamen duo capita ſunt, in quibus potiſſimū hæc quæſtio diſputatur, cùm enim
7 duo ſint, quæ contractibus ipſis innominatis, præcipuo quodam iure conuenire creduntur, in utroque dubitant noſtri, an ſtipulatione interpoſita, aliquid immutetur. Primum illud eſt quòd, qui ex contractu innominato tenetur aliquid dare, non uidetur poſſe præcisè ad illud dandum compelli, ut qui ex ſtipulatione obligatus eſt. l. ubi autem non apparet .§.ulti.&l. ſi ſeruum,in fi. in tit. noſtro, ſed ſoluendo illud quod intereſt liberatur .l.naturalis.§.1.ff.de præſcript. uerb.l.1.ff.de rerum permut. qua de re,latè Bart. in d. l. naturalis .§. 1. in l. ſtipulationes non diuiduntur, in 11. oppoſ. infr. eod. & in l. 1. in 4. quæſt. C. de ſentent. quę pro eo quod inter. Innocent. in c. ſacro.de ſent. excom. Quo circa dubitatur, quid iuris ſit, ſi quod prius ex contractu innominato dare debebam, illud ipſum ſtipulanti poſtea promiſerim, an ſcilicet tunc quoque ſtipulatio, propriam ſeruet naturam, ut ad dandum omnino me compellat, an uerò contractus, cui adiicitur, naturam imitetur, ac propterea eius quod intereſt ſolutionem admittat. Alterum eſſe creditur in innominatis iſtis contractibus peculiare, ut pænitentiam admittant .l.ſi pecuniam.ff.de cond. ob cauſ. cùm ſecus ſit in contractibus nominatis .l.ſicut.C.de action. & oblig. l.in ciuile.C.de rei uendic.l.non iccircò. C. de contrah. empt. Vnde ſimilis hîc quoque dubitatio oritur, an ſcilicet ſtipulatio adiecta con
8 tractui innominato, pęnitendi adimat facultatem. In primo capite, exiſtimat Socinus hîc, attendi magis naturam ſtipulationis, ſicque debitorem ad dandum precisè compelli; cui aſſentitur Iaſ. iiſdem fermè argumentis adductus,in l. Cum mota C. de tranſact. Contrariā tamen ſententiam comuniori cōſenſu cæteri probant. Alex. hîc in ulti. quæſtione Angel. Imola, & Alex. in l. ſtipulationes nō diuiduntur inf. eod. Bart. quoque ab hac parte fuit in l. cum mota. C. de tranſact. aliiſque pluribus in locis, dum generatim concludit, ſtipulationem imitari naturam contractus, cui ipſa apponitur, nēpe in

pe in l.si quis cum aliter,infr. eod. in l. ulti.ff.de condict. ob caus.& in l.iu ędibus.ff. de donat. ac quamuis in l. 2. iuxta fin. C. de condic. ob caus. uideatur cōtrarium sentire, tamen quod ipse ibi dicit, non absolutè accipiendum est (ut rectè aduertit hîc Alex.) sed ex eo declarandum; quod accuratiùs docuit idem Bart. in d. l. cum mota,C. de trā sact. Ita frequentiùs concluditur, quantùm ad primum huius quæstionis caput. In posteriori capite, communior sententia est, attendi naturam stipulationis, ideoq; non dari pænitentiam in contractu innominato, cui adiecta fuerit stipulatio; ita sentit Bald. in c. 1. in princ. extra de pact. quo loci generatim affirmat, in stipulatione nunquàm esse locum pænitentiæ, atque eius rei, in promptu rationem esse ait, cùm ea de causa inuenta fuerit stipulatio, ut rerum promissarum fidem, inter homines astringeret, quod, & alibi sæpe inculcat, ut in l. sicut,in penult. quæst. C. de action. & obligat. & in c. 1. in fin. de uasal. qui contr. est, in usib. feud. Idem concludit Castrens. in l. si pecuniam,in princip. in 2. col. ff. de cond. ob caus. Alex. cons. 18. in 2. uol. cum quibus sentiunt etiam Bulgar. Crot. & Galiau. aliiq; recentiores nonnulli hoc in loco; magis tamē hîc Socino placuit contraria sententia, quæ fuit Romani,in l. sciendum,infr. eod. eandēq; Aretin. & Ias. amplexi sunt in l. cum mota, C. de transact. Præter hæc duo uerò capita, absolutè etiam (ut dixi) atque in uniuersum nostri interpretes, hoc ipsum inquirunt, utrùm scilicet stipulatio in contractu innominato apposita, ipsius naturam sequatur. Attamen quæ ipsi hac de re dicunt, nequaquàm mihi uidentur ad ueritatem obtinendam sufficere, maximè omnium elaborat hîc Socinus nu.2. uers. secundum, quod colligitur. Primò enim uarias cæterarum refert explicationes, atque ex Castrēsi præsertim, uariis in locis multa describit, deinde num. 21. usque ad fin. huius Rub.nonnulla capita distinguit, in quibus singulis conatur ostendere, quid stipulatio operetur. Sed uidetur hoc mihi, cùm rectiùs distingui, tum etiam uerius determinari potuisse: nam nec distinguendo, omnia capita complexus est Soc. quæ necessaria sunt,nec determinādo, ulla ferè ex parte ueritatem est assequutus,ut ex iis,quæ infra sumus dicturi, optimè(ni- 9
fallor) intelligetur. Itaque nos, quibus aliquantò accuratiùs, ac certiori ordine, hanc rem totam explicare propositum est, cùm uideamus permagni referre, utrùm post implementum, an uerò anteà considerentur conuentiones istæ innominatæ, quibus stipulatio adiicitur (quāuis promiscuè tam hoc, quàm illo modo, à nostris accipiantur, ut perspicuè ostendunt leges ab ipsis adductæ) proptereà ex hoc potissimum, nostram desumimus distinctionem, triaque in hoc capita constituimus. Primum est,quando in eiusmodi conuentionibus correspectiuis, seu contractibus innominatis (rectè enim utroque modo appellare possumus) nullum adhuc interuenit implementum(Sic enim, & doctores plerunque accipiunt,) ac præsertim Socinus num. 20. & 21. Secundum est quando interuenit quidem implementum, sed non perfectum, ut considerat hic Soc. in 3. differentia, num. 22. uers. tertio loco, usque ad numerum 23. post Accurs. in l. iurisgentium, in uers. causam .ff.de pact. Tertium, & ultimum est, quando implementum interuenit, & illud quidem perfectum (intelligo ab una parte tantùm, cum alioquin dissoluta hinc, & inde obligatione,omnis planè difficultas esset sublata) atque huius tertii capitis explicatio omnium difficillima est . Nunc uideamus sigillatim in unoquoque capite,& quid possint per se contractus innominati, & quid stipulatio illis ipsis adiecta operetur. Quod attinet ad primum caput, quid per se possint contractus inno- 10
minati ante implementum absque ullo stipulationis adminiculo, satis supra, tam ex communioribus

munioribus nostrorum interpretum traditionibus, tum etiam ex nostra sententia aperuimus; cum de conuentionum correspectiuarum obligationibus locuti sumus. Concedunt hoc planè omnes(ut ibi diximus)non esse ortam ante implementum ciuilem obligationem, ideoq; nec actionem ullam competere; quod uerissimum est, & rectè probatur ex l.iurisgentium in princ.vers.sed & si.ff. de pact. Naturalem uerò obligationem communiter fatentur ortam esse,ut per Soci. hîc nu. 22. licet id negauerit Bart. in l. petens.C. de pact. fatentur tamen eam longe debiliorem esse,quàm quæ ex simplici conuentione oritur, ut idem Socin. hîc declarat col. 3. nu. 9.atq; iccircò ex ea,ne exceptionem quidem dari uolunt, ad quam constat satis esse naturalem obligationem. At nobis constantissimè hîc retinendum est,quod hac de re alias conclusimus, scilicet non minùs ex correspectiuis,quàm ex simplicibus cōuentionibus naturalem obligationem oriri, neq; ulla ex parte debiliorem,si modò pares utrobiq; terminos retineamus, ut latissimè supra explicauimus. Cum ergo non ignoremus quantùm per se ponderis habeant conuentiones correspectiuæ ante implementum, proximum est,ut perquiramus, quidnam stipulatio operetur,si illis ipsis fuerit opposita; quod quia latiùs patet, in tria problemata illud distinguimus; statuimus enim omnia prorsus diuidendo cōplecti, quanquam non æquè omnia explicando prosequemur,sed ijs tantū in rebus insistemus,quæ
11 difficultatis aliquid habebunt. Primò igitur uidendum est utrùm,ex stipulatione ipsa oriatur actio, quæ alioquin ex sola conuentione correspectiua ante implementum, non oriretur. Deinde vtrùm actio oriens ex stipulatione, exceptionem ullam admittat, & quam admittat, id quod etiam quærit hîc Socinus nu. 22. Postremò utrū præter istam actionē,quę ex stipulatione oritur,ipsa quoq; cōuentio correspectiua,tanquā uestita cohærentia stipulationis,præscriptis uerbis actionē producat. Omni prorsus difficultate caret primum problema, si per se illud spectemus; oriri enim actionem ex stipulatione,
12 etiam ante implementum,disertè traditur in l. ex placito.C.de rerum permut. Ex placito permutationis, nulla re sequuta, constat nemini actionem competere, nisi stipulatio subiecta, ex uerborum obligatione quæsierit partibus actionem: & facit. l. cum mota. uers. aut enim.C. de transacti. At non æquè expeditum est, quod tradit Socinus hîc nu. 20. dum concludit hac ipsa in re,stipulationem non sequi naturam contractus innominati, putat enim ipse actionē, quæ ex stipulatione oritur,ab illa differre,quæ vel post implementum dari solet ex contractu innominato: siquidem certam, specialem,& natiuam esse dicit actionem ex stipulatu,item certi cōdictionem,quæ ex stipulatione proficiscitur; quæ verò datur ex cōtractu innominato,nempè actio de dolo, uel præscriptis
13 uerbis, eam non natiuam, & specialem, sed generalem, & datiuam esse affirmat,l. iurisgentium in princ. uers. & ideo.ff. de præscripti. uerb. Quapropter inter alia quinq;,quibus ostendere conatur, contractus innominatos debilioris esse naturæ quàm nominatos,hoc quoq; percenset,quòd illi non natiuam pariant actionem, sed datiua tantum eo nomine experiamur. Verùm ego hac in re à Socino prorsus dissentio;animaduerto enim communem hanc distinctionem, natiuæ, & datiuæ actionis, contra ipsum pugnare, cum imò, ex ea optimè concludatur, actionem præscrip. uerb. qua in contractibus innominatis experimur, non datiuam, sed natiuam esse, quòd breuiter priùs explico;
14 deinde dicam quid de communi hac distinctione sentiam. Accurs. in l. ex legato.C.de legati. & in l. ex maleficijs.§. hæres.in uer. intelligitur supra,tit. prox. dum eandē hanc distinctionem tradit, ea re putat natiuas actiones à datiuis differre (quod nec Socinus inficiatur)

inficiatur) quia illæ naſcuntur, hæ uerò dantur à prætore, quoties iuſtum eſt ex aliqua
cauſa actionem concedi, ex qua tamen nulla actio naſcatur; ac propterea exiſtimat, uti-
les actiones eſſe datiuas. arg. l. pater. C. de pacti. conuent. Fuſiùs uerò aliquantò pro-
ſequitur hoc Bar. in l. 1. nu. 5. ſupra, de actio. & oblig. ibiq; hoc ipſum, eo applicat exem
plo, ut dicat ſolum primum hominem, communemq; omnium parentem, poſſe dici
datiuum, cùm ex alio homine natus non ſit, ſed à Deo ſum. & opt. immediate creatus,
cæteros uerò homines eſſe natiuos, quòd ex patre, & matre naſcantur: quare non ſecus
de actionibus eſſe exiſtimandum. Quod uerò dicebat Accurſ. omnes utiles actiones,
eſſe datiuas, de eo pleniùs ipſe diſputat, ac diſtinguit; quot modis, utiles actiones dican
tur. Porrò autem tàm Accurſ. quàm Bart. alijſq; omnes, qui de natiuis, ac datiuis actio
nibus loquuntur, hanc ipſam diſtinctionem, ex eo potiſſimum deſumunt, quod dicit
" Vlpian. in l. iuriſgentium, in princ: uerſ. & ideo. ff. de pact. Et ideo (inquit) puto rectè
" Iulianum à Mauritiano reprehenſum in hoc, dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manu-
" mittas, mamumiſiſti, euictus eſt Stichus; Iulianus ſcribit, in factum actionem à Prætore
" dandam, ille ciuilem actionem, ideſt præſcriptis verbis ſufficere; eſſe enim contractum,
quod Ariſto. συνάλλαγμα dicit, unde hæc naſcatur actio. Cum propterea neget Vlpian. 15
actionem in factum eſſe dandam, quòd præſcrip. uerb. actio naſcatur; in hoc uidetur
à natiua, datiuam actionem ſeparare. Iam uerò conſiderãdum eſt, ex hac ipſa lege, qua
potiſſimum nititur cõmunis diſtinctio natiuæ, & datiuæ actionis, perſpicuè falſum id
conuinci, quod Socin. hîc exiſtimat, actionem præſcrip. uerb. quæ oritur ex contra-
ctu innominato, eſſe datiuam, imò enim ex tali contractu naſci actionẽ præſcrip. uerb.
dicit ibi Vlpia. Qua ratione natiuam rectiùs dixeris. Huc accedit, quod ab actione da-
tiua, perſpicuè illam diſtinguit, dum dicit, actionem in factum iccircò non eſſe à Præ-
tore dandam, quia ex contractu illo innominato, præſcrip. uerb. actio naſcitur: eam
ob rem cætera quoq; hinc falſa reddũtur, quæ ex hoc Socinus deducit; nẽpè quòd pro-
pterea contractus innominati debiliorem habeant naturam, quã contractus nominati,
ex quibus actiones naſcuntur: Item quòd ſtipulatio, propter hanc actionum diuerſita-
tem, contractus innominati naturam nõ imitetur; nam uel ſi maximè alijs de cauſis poſ
ſet hoc affirmari; tamen ex hac ipſa ratione, nunquam rectè id colligetur. Sic uidemus, 16
recepta etiam hac communi diſtinctione, Socinum nihilominùs reprehendendum eſſe.
At non videtur mihi hæc diſtinctio, iuriſconſultorum ſententię ſatis conuenire; nã quæ
actio dicitur naſci, in d. l. iuriſgentium, uerſ. & ideo, alijs multis in locis dicitur dari, ut
in l. 1. in l. ſi tibi areæ. ff. de præſcrip. uerb. in l. 1. ff. de æſtimat. act. & alibi perſæpe. Con-
traq; etiam actio in factum, quę à Prætore decernitur, natiua dici poterit: etenim præ-
exiſtentem aliquam æquitatem habeat neceſſe eſt, ex qua naſci non minùs dici poterit,
quàm quæ ex certis cauſis oriuntur; uerum in hoc tantùm à cæteris differt, quòd æqui-
tas, ex qua talis actio oritur, & à Prætore ipſo decernitur, ex cauſis, & perſonis, uariè col
ligitur. l. ulti. ſupra tit. prox. Itaq; leges non facilè illam præuidere, aut certis regulis
complecti potuerunt.

ARGVM.

VTrùm, quantùm ad uarias exceptiones, quę ex contractibus innominatis ante
implementum oriuntur, ſtipulatio appoſita quicquam immutet. Et numquid præ
ter actionem, quæ ex ſtipulatione proficiſcitur, ex ipſa quoque conuentione innomina
ta, tamquàm ueſtita cohærentia ſtipulationis, præſcrip. uerb. agi poſſit.

In

1 In omnibus reciprocis conuentionibus,id generale est, ut qui petit, debeat prius offerre.
2 Inuoluit seipsum Socinus,dũ exceptiones inter se penitus diuersas,simul cõfundit.
3 Tria exceptionum genera in contractibus innominatis considerari possunt.
4 Exceptio,qua petitur contractum adimpleri,stipulatione non tollitur.
5 Non dubitãdum est,stipulatione tolli exceptionem,quæ ex conuentionis inefficacia proficiscitur.
6 Stipulatione non tollitur exceptio, quę cõpetit contra agentem ex alia causa.
7 Quantùm ad exceptionẽ,quæ sequuto implemento competit cõtra repetentem,nihil est necesse stipulationem cõsiderare.
8 Putat Bar.in l.ex placito,oriri actionem ex placito, tanquã uestito cohærentia stipulationis.
9 Quare hodie rarò reperiantur contractus innominati, ex Bart.& Castr.
10 Defenditur Bar. qui primo aspectu poterat uideri sibi ipsi contrarius.
11 Ex sola stipulatione,uult Bar.agi posse,quãdo partes id in animo habuerunt,ut implendæ stipulationis gratia paciscerẽt.
12 Error eorum,qui putant propterea ex pacto oriri actionem,quòd illle credatur inesse stipulationi.

CAP. XXXIX.

EX tribus quæstionibus, quas primo hoc nostræ distinctionis capite excitauimus, secunda illa fuit; utrùm, quando in contractu innominato apposita est stipulatio, actio,quæ ante implementũ ex stipulatione oritur,exceptionem admittat. Existimat hîc Socinus nu. 22. exceptioni locum esse; posse enim semper excipere, qui conuenitur ante implementum, ex reciproca conuentione, etiam si solemnitas stipulationis fuerit adhibita; attamen dicit, non propterea stipulationem,à propria natura recedere, aut contractus innominati naturam imitari, cùm & in cõtractibus nominatis possit excipere, qui conuenitur, nisi alter pro parte sua,iam promissa præstiterit, aut saltẽ præsta-
1 re paratus sit; siquidem generatim in quocunq; conuentionum genere, hoc receptum est,ut cum de dando simul,ac recipiendo actum est,semper priùs offerre debeat,qui uelit recipere.l. Iulianus.§. offerri.ff. de act. empt.l.ædiles 1. ubi Accurs. in uer. præstet,& l. cum autem. §. Iulianus. ff. de ædil. edict. l. uenditor. §. ulti. in fin. ff. comm. præd. ita Socinus, cuius uerbis, totum hoc, quod quærimus (ut mihi uidetur) inuolui-
2 tur potiùs, quàm explicetur; dum enim probare contendit, stipulatione apposita, non tolli exceptionem in contractibus innominatis,de illa exceptione hoc ostendit, quæ in quibuscunq; conuentionibus correspectiuis conceditur contra non implentẽ:neq; animaduertit se maximoperè æquiuocare,atq; unum exceptionis genus, cum altero planè diuerso penitus cõfundere;siquidẽ in contractibus innominatis,oritur exceptio ex pœnitentia,& tẽdit ad dissolutionem contractuum, at in emptione,alijsq; contractibus nominatis,qui ultròq; obligationẽ pariũt,oritur exceptio ex æquitate,ac tendit ad implendũ contractum, cum dicam, me ita demum uelle præstare id, quod promisi,si tu quoq;
3 id quod debes,soluere paratus sis. Nos igitur,ut perfectè, ac distinctè hanc rem totã explicemus;quoniã animaduertimus,triplex exceptionis genus in cõtractibus innominatis posse cõsiderari,de uno quoq; sigillatim agemus. Vna est exceptio,quæ eò spectat(sicut proximè diximus) vt conuentio perficiatur.l.Iulianus.§.offerri.ff.de action.empt.l. ædiles 1.ff.de ædil.edic.cũ alijs supra adductis,& hæc vulgò credit esse exceptio iuris, cũ etiã ante oblationẽ,ius actionis cõpetere existimetur,quod hac exceptione postmodũ tollatur. Ego tamen in eã sententiam procliuior sum,ut putẽ hanc esse exceptionẽ facti, hoc est, facto ipso tantũ, eã opponi;neq; .n. cõcedo ante oblationẽ, ius actionis cõpetere, ut iuris exceptioni locus esse possit, uideturq; hoc mihi multò magis cõuenire uerbis

Vlp.in l. Iulianus.§.offerri.ff.de actio.empt.qui apertè dicit, non esse actionem,nisi pre- 4
tium offeratur.Quod attinet ad hanc primam exceptionem,tantùm abest,ut illa tollatur stipulatione,ut potius ratione ipsius stipulationis, uere dicatur exceptio, cùm alioquin ante implementũ,nõ potuerit agi ex cõtractu innominato,sicuti proximè diximus; atq; ob id exceptio,non nisi nudo facto opponi potuerit. Nulla uerò ratio est,cur post stipulationẽ interpositam, non excipiẽdi facultas mihi esse debeat, cũ conuentio tunc quoq; reciproca sit; ideoque nihilominùs æquũ sit eum,qui petit,offerre; ex qua sola æquitate, hanc oriri exceptionem compertissimum est. Altera datur exceptio in contractibus innominatis,cui locum facit inefficatia conuentionis,quæ cùm ante implementum planè nuda conuentio sit, non tantùm habet uirium,ut ab alterutra parte debitorem inuitum urgere possit. Itaque semper, qui re integra conuenitur, potest petitionem reijcere,non quia hîc detur pænitentia,non enim magis datur,quàm si cõuentio simplex esset (dummodo in reciproca conuentione pares termini sint, ut fusè alias applicauimus) sed quia ipsi petitioni, deest ius persequendi,ut & in simplici conuentione deesset; propterea ergo facti est hæc exceptio, neque ex æquitate oritur, imò potiùs illi æquitati aduersatur,quæ uel nudo pacto datam fidem seruari postulat. l. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de const. pecun.
Hanc porrò exceptionem, stipulatione tolli dubitandum nõ est,cùm promissioni alio- 5
quin inefficaci, robur afferat stipulatio, ita ut ex ea agi possit. l. ex placito.C.de rer.permut. At non propterea tamen concedendum est, stipulatione tolli pœnitentiam, cùm sine stipulatione,non magis hîc pœnitẽtiæ locus fuisset, quàm si simpliciter esset aliquid promissum, ut proximè dictum est. Tertia potest oriri exceptio ex contractu innominato ante implementum, quæ neque ad eum perficiendum tendit, neque ad eum dissoluendum, sed aliò spectat; competit enim contra agentem ex alia causa: siquidẽ nul- 6
la ratio est, cur magis de eo excipere possim,quod mihi simpliciter nudo pacto promissum est, quàm de eo,quod ea lege est mihi promissum, ut ego contra aliquid præstem, dummodò id ego præstare paratus sim; ut rectè ostendunt, quæ nos supra,hac de re diximus: et hanc exceptionem, stipulatione non tolli apertissimum est. Est & alia exceptio,quæ sequuto implemento,competit contra repetentem,illi quidem indistinctè,cuius gratia facta est conuentio.l. si cum fundum. ff. de pact: alteri uerò ita demum, si is non possit sine damno suo restituere, quod accepit. l. si pecuniam. ff. de condict. ob
caus. Sed quantùm ad hanc exceptionem, nihil necesse est stipulationem considerare, 7
quam clarum est nihil operari; idq; fateri cogimur,nisi uelimus stipulatione, præcedentem conuentionem magis infirmari; quare ut Socinus hanc prætermittit, ita nos quoque illam missam faciemus; ponit enim sequutum esse implementum: at nobis id tantùm in hoc primo capite propositum fuit, ut contractus ipsos innominatos ante implementum cõsideraremus.Superest tertia,& ultima quæstio,ex ijs,quę circa hoc primũ caput supra proposueramus. Vtrùm præter actionẽ,quæ ex stipulatione proficiscitur,ex ipsa quoque conuentione reciproca,tanquàm uestita cohærentia stipulationis, præscript. uerb. agi possit. Videtur hac in re Bart. secum ipse pugnare,ut & Socin. hîc animaduertit nu. 20. Sentit ipse Bart. in l.ex placito.C. de rer. permut. oriri etiam actionem præ-
scriptis uerbis: siquidem duobus modis existimat eam ipsam l. ex placito, rectè intel- 8
ligi posse, primùm, ut in actu conueniendi fuerit adhibita stipulatio, deinde, ut post factam conuentionem, incontinenti fuerit apposita. Vtrumque porrò dicit posse, illius legis uerbis conuenire. Verùm id ab uno, alterum differre, quòd primo

mo casu, ex sola stipulatione actio oriatur, secundo uerò casu, oriatur non tantùm ex stipulatione, sed etiam ex placito permutationis, quod stipulationis cohærentia uestiri existimat. At videtur idem Bar. huic sententiæ aduersari in l. 2. C. de
9 condict. ob caus. cum dicit facere notariorum consuetudinem, qui hodie in omnibus instrumentis stipulationem aponunt, ut nunc perrarò contractus innominati reperiantur. Videtur enim in eo sentire, non extare ibi amplius contractum innominatum, ubi stipulatio fuerit apposita, ac propterea nec præscriptis uerbis actionem oriri posse; quod ipsum multò etiã expressiùs tradit Castrens. in ultimis uerbis huius Rub. ubi relatis uerbis Bartoli, subijcit id esse causæ, cur hodie rarò cõtractus innominatus reperiatur, quia post adiectam stipulationem, transit in contractum nominatum. Socin. hîc nu. 20. ita putat Bartolum à contradictione defendi posse, ut quàmuis in l. 2. dicat, post adiectam stipulationem contractui innominato, non esse amplius contractum innominatum, non tamen neget, quin inde oriatur actio præscrip. uerb. atque in hunc modum putat uerba quoque Castrensis esse accipienda. Verùm hæc expositio (iudicio meo) à mente vtriusque plurimum abhorret; nam cum dicant, protinùs apposita stipulatione, desinere esse contractum innominatum, non certè uidentur concessuri, præscriptis verbis actionem competere, quam ex contractu innominato, non ex stipulatione oriri concedunt. Hunc accedit quod Bart. in l. petens in 1. lect. C. de pact. clariùs mentem suam explicat dicens, uideri pactum præcessisse gratia implendæ stipulationis: sicque videtur ibi quoque ijs aduersari, quæ ipse docuit in l. ex placito. Verumtamen
10 non puto esse dubitandum, quin Bar. id constantissimè ubique retinuerit, quod docuerat in l. ex placito. C. de rerum perm. nimirum oriri etiam actionem præscriptis verbis quotiens non eodem planè contestu fiunt, & stipulatio, & contractus innominatus, sed post contractum incontinenti stipulatio apponitur: Nec obstat, quod in l. 2. C. de condict. ob caus. dixerit, rarò hodie reperiri contractum innominatum propter stipulationem, quam semper solent notarii instrumentis adscribere; siquidem nulla alia de causa uidetur mihi hoc dixisse Bart. nisi quia hæc cõsuetudo facit, ut rarò probetur contractus innominatus; non enim solent notarij distinctam facere mentionem, & de contractu innominato, & de stipulatione, sed simpliciter dicunt, hoc, & illud sibi inuicem partes per stipulationem promisisse. Itaq; ea sumitur interpretatio, quam alias uidimus sæpissime iurisconsultos sumere solere, ut quod agitur, simplex, atq; unum sit, atq; ex sola stipulatione actio oriatur. Quod si notarius distinctè de cõtractu innominato loqueretur, ac mox de stipulatione inconuenienti adiecta, non negaret Bart. quin hoc modo contractus innominatus reperiretur, atq; ex eo oriretur actio præscrip. uerb. Imò uidetur hoc ipsum in eo fateri, quòd non dicit, nunquàm reperiri contractũ innominatum propter stipulationem, sed rarò; sicque ostendit posse illum interdum reperiri, ut rectè animaduertit hîc Mar. Soci. nu. 336. quàmuis non bene in eo sentiat, quod existimat, etiam uerbis Castrensis posse hanc eandem expositionem accommodari; etenim Castr. apertè dicit, cõtractum innominatum, ob stipulationem appositã, transire in contractũ nominatum. Nihiloq; magis aduersatum sibi Bart. esse crediderim in eo quod dicit in
11 l. petens. C. de pact. posse agi ex sola stipulatione; puto enim omnino uerba ipsius, ita esse accipienda, ut eo tãtùm casu loquutus sit, quando partes id habuerunt in animo, ut gratia implendę stipulationis pacisceretur; quemadmodũ etiam Socinus Patruus hîc intelligit nu. 20. uer. secundo cõsidera. Nec sanè habet hoc diuinationẽ, ut primo aspectu

forsan quis iudicabit; nam cum dicit Bart. agi ex sola stipulatione, eius lecturæ terminos sibi proponit, quam primo loco refert Accurs. nempè quãdo stipulatus sum quod conuenisti, uel posteà conuenies: quo casu nemo negabit, maximam esse rationem, cur pa ctum credatur esse factum gratia implendæ stipulationis, eoque maximè, quia de simplici pacto ibi agitur, quod sine stipulatione inefficax est, unde tantò uerisimilius est, in paciscendo fuisse de stipulatione cogitatum: at in l. ex placito, apponitur stipulatio in placito permutationis, quod aliquo modo saltem, sequuto nimirùm implemento, efficax esse potuisset. Itaq; uidetur hæc mihi Bartoli sententia esse, ut siquidem pactum gratia implendę stipulationis fuerit appositum, oriatur actio ex sola stipulatione, ita enim ipse sentit in l. petens: si uerò id præsumi non possit, tunc etiam non sequuto implemen to, præscriptis quoque uerbis agi possit; sic enim in l. ex placito, expressim tradit; quan distinctionem Socinus quoq; hîc amplectitur. At Soci. nepos. nu. 339. cum seq. non satis tutò id affirmari posse credit; ideo scilicet oriri actionem præscriptis uerbis ex contractu innominato ante implementum, quia stipulatio fuerit apposita; uerùm id, ab ea quæstione pendere existimat, utrùm pactum, sicut uestitur cohærentia contractus bonæ 11 fidei, sic cohærentia stipulationis uestiatur. In qua quæstione, licèt frequentiùs recepta sit opinio affirmatiua, tamen nonnullis rationibus, Castrensis in l. lecta. col. 2. ff. si cert. pet. Decius. in l. petens. col. 6. C. de pact. Socin. in l. 1. §. si stipulanti mihi, infra eo. conantur contrariam defendere. Verùm nos hac in re tota, longe aliter sentimus; nam uel si concedamus, pactum inesse stipulationi, ac non reddi inutile, ut perperam multi crediderunt, tamen negamus posse illud considerari, ut distinctum à stipulatione; quam sententiam accuratè supra defendimus, in illa quæstione, utrùm pacta in continenti adiecta, stricti iuris iudicijs insint, quemadmodum iudicijs bonæ fidei. Quare quod vulgò creditur, præter actionem quæ oritur ex stipulatione, ex ipso quoque nudo pacto oriri actionem præscriptis uerbis, hoc planè falsum esse existimamus, credimus enim, ex sola stipulatione agi posse, ut optimè ostendit Dioclet. in d. l. ex placito. C. de rer. permut. quamuis non desint, qui eius legis sensum frustrà student inuertere. Ex ijs porrò, quæ supra diximus, adeò clara huius quæstionis explicatio redditur, ut nunc diutiùs in ea immorari, minimè sit necesse.

ARGVM.

QVi sint effectus oblationis, itemque implementi imperfecti in contractibus innominatis, ac quid stipulatio ijs adiecta, quantùm ad utrunque operetur.

1 Quomodo à nostris accipiatur implementum imperfectum.
2 L. si pecuniam. §. item si quis. ff. de condict. ob caus. intel.
3 Non rectè Doct. confundunt oblationem, cum alio implemento imperfecto.
4 Cur in contractibus nominatis correspectiuis, plus momẽti habeat oblatio, quã in contractibus innominatis.
5 Vtrũ ex solo implemento imperfecto, oriatur actio in contractibus innominatis.
6 Distinctio inter implementum illius, cuius gratia fuerit facta conuentio, & implementum alterius.
7 Implementum illius, cuius gratia nõ est facta conuentio, non attenditur, nisi habita ratione eius quod interest.
8 Etiã imperfectũ implementũ illius, cuius cõmodũ dedit causam cõuentioni, satis est, ut ex cõtractu innominato agi possit.

Facit

9 Facit stipulatio, ut oblatio idem operetur in contractibus innominatis, quod in nominatis operatur.

10 Quoad partium intentionem nihil mutat stipulatio.

CAP. XL.

HActenus uidimus, quid nam stipulatio adiecta contractibus innominatis operetur ante implementum: nunc uerò id ipsum perquiramus; quando implemẽtum quidem interuenit, sed illud imperfectum: erat enim hoc secundum caput illius distinctionis, quam supra proposuimus. Quomodò accipiendum sit hoc semiplenum, siue imperfectum implementum, ostendit Accurs. in l. iurisgentium, in princ. in ver. causam. ff. de pact. Item Socin. hîc nu. 22. ver. ex quibus tertio loco: afferunt. n. illud exemplum, quando unus offert, id quod debet: neque. n. qui offert, perfectè impleuisse existimandus est. Alio prætereà utuntur exemplo, quod desumunt ex l. si pecuniã. §.
1 item si quis. ff. de cond. ob caus. Dederas mihi pecuniam, ut seruum emerem, & manumitterem, emi, sed non manumisi; potest quidem hoc dici implementum, propter emptionem, sed perfectum non est, donec sequuta fuerit manumissio: atque hoc exemplũ confundunt ipsi planè cũ superiori: nam quod dicunt de oblatione, probant ex hoc ipso. §. Item si quis: quapropter quemadmodum hîc decidit Vlp. hoc semiplenum implementum, nimirum emptionem, non esse impedimento, quo minùs, quantùm ad manumissionem propositum reuocare possim, ac seruum emptum repetere, ita concludunt, solam oblationem in contractibus innominatis, pœnitendi facultatẽ nõ auferre: ideoq; non tantùm habere ponderis, ut aduersarium ad promissorum fidem possit urgere. Iam uerò quantùm ad stipulationem, dicit Socin. non esse dubitandum, quin illa in hoc recedat à natura contractus innominati: cùm dictum fuerit, attenta natura contractus innominati, etiam post eiusmodi implementum, posse aduersarium à conuentis, liberè recedere. Constat uerò stipulationem etiam ante nullum implementum impedire, quominùs id fieri possit, cum uel nulla re sequuta, illa nihilominùs acquirat partibus actionẽ. l. ex placito. C. de rer. permut. Hæc Socinus, qui non tantùm uidetur mihi hanc ipsam rem parùm perfectè tradere, sed etiam in eo quod dicit, à ueritate aberrare. Putat ipse
2 probari ex uerbis Vlpiani in d. §. item si quis, ex implemento non perfecto in contractibus innominatis nobis actionem non acquiri. At contrarium potiùs (ni fallor) ex ea. l. colligitur. Nam si is cui decem promissa fuissent, ut seruum emeret, ac manumitteret, nondum illa decem accepisset, posset proculdubio post factam emptionem, actione p̃scriptis uerbis, illa decem consequi, quãuis nondum perfectè quantùm ad manumissionem impleuisset; idque perspicuè Vlp. in eo decidit, dum absurdum esse iudicat, ut iste qui emit seruum, ea de causa damno afficiatur, quod cùm ita sit, non rectè possumus affirmare, id quod Socinus dicit. In contractibus innominatis ob implementum imperfectum, actionem non oriri. Nec obstat, quod ibi qui dederat decem, possit etiam post seruum emptum, de ipsius serui manumissione consilium mutare; nam hoc ea ratione fit, quia nulla ibi aduersarii utilitas consideratur, quæ potuerit dare causam conuentioni, quo casu uerè reciproca dici non potest, ut plenè supra docuimus, dum de eiusmodi conuentionum obligationibus, loquuti sumus; quòd si pares illius conuentionis termini essent, atque utriusque pariter utilitas, conuentioni causam dedisset, non uidetur admissurus Vlp. ut post unius implementum, quãuis imperfectum, posset alterum pœnitere:

tere. Itaque non uidentur mihi Accurs. & Socin. eius legis uerba satis rectè perpendisse; atque in eo prætereà ab illis dissentio, quòd oblationem cum alio implemento im- 3
perfecto non rectè confundi potuisse arbitror, maximè enim hæc inter se dissimilia sunt, ut iam demonstrabimus. Nos ergo distinctè de oblatione primùm loquemur; deinde de illo implemento, quod aliqua ratione imperfectum dici possit. Quod attinet ad oblationem: uidetur illa mihi frustrà prorsus hac in re considerari; uerè enim affirmari potest, ad contractus innominatos, de quibus in præsentia loquimur, nihil omnino illá pertinere. Nec sanè illud spectare nos oportet, quod in conuentionibus nonnullis nominatis, quæ & ipsæ pariter correspectiuę sunt, oblatio momenti plurimum habeat; Imò & planè necessaria sit. l. ædiles. I. l. cùm autem. §. Iulianus. ff. de ædil. edict. l. uenditor. §. ulti. in fin. ff. cõm. prędio. l. Iulianus. §. offerri. ff. de actio. empt. nam differentię ratio inter conuentiones illas, & contractus innominatos in promptu est: siquidem ut permu- 4
tatio, ita & cęteri contractus innominati, ex re tradita initium obligationi præbent. l. 1. §. permutatio. ff. de rer. permut. l. iurisgentium in princ. vers. sed & si. ff. de pact. proinde cùm ante traditionem, actionis fundamentum planè desit, nimirum obligatio, reliquum est, ut obligationem ad ius agendi nihil prodesse concedamus: at in emptione, uenditione, locatione, conductione, aliisq; eiusmodi reciprocis conuentionibus, in quibus receptum est, ex nudo consensu oriri obligationem. d. §. prætereà, longè secus res sese habet; uerè enim in illis, etiam nulla re sequuta, actionis fundamentum adest. Quòd uerò actio non competat illi, qui non impleuit, siue quòd actionis effectus (ut receptior opinio est) impediatur, sola illa ratio est, quia æquum non est, cum petere ab aduersario, qui, quod ex eadem causa ipse debebat, nondum persoluit; cui sanè æquitatis rationi, sola ipsa oblatio plenissimè satisfacit. Non sic tamen potest oblatio, in contractibus innominatis, qui ante sequutam rei traditionem planè inefficaces sunt, illi ipsi uitio mederi; eam ob rem ergo nos diximus oblationem ab implemento etiam imperfecto separandam, quoniam, qui offert, quod ex contractu innominato præstare debet, nec pro parte quidem ulla impleuisse, existimari debet. At multò certè probabiliùs de im 5
plemento imperfecto, (ut nunc demum ad illud ueniamus) dubitari potest, an propter illud solum oriatur actio ex contractibus innominatis: siquidem ut ex contractibus ipsis innominatis agi possit, satis habent iurisconsulti συνάλλαγμα, hoc est, negotium interuenisse, iuxta. l. iurisgentium in princ. vers. sed & si. ff. de pact. Sed quoties eius rei, quam promiseram dedi tibi partem, tuq; eam partem recepisti, interuenit hîc proculdubiò negotium; quare hac sola de causa iam uidetur obligationis, atque actionis fundamentũ adesse. Quoniam uerò æquum non est, eum petere quod sibi debetur, qui non totum id soluerit, quod ex eadem causa ipse debet, hoc totum (quicquid est impedimenti) ex sola oblatione facilè uidetur amoueri posse, ut de emptione, aliisq; conuentionibus nominatis correspectiuis anteà diximus. At pro contraria parte illud facere uidetur; quia si implementum imperfectum non impedit repetitionem. l. si pecuniam. §. item si quis ff. de cond. ob caus. multò minùs debet nobis actionem pręstare, cùm multò difficiliùs detur actio, quàm repetitio impediaẽ, ut omnibus perspicuum est. Rectissimè (iudicio meo) tota hæc controuersia tollitur, ea adhibita distinctione, quam proximè tetigimus, ut dicamus permagni referre, utrùm loquamur de implemento illius, cuius utilitatem 6
credibile non sit conuentioni causam dedisse, an uerò illius, cuius gratia fuerit inita conuentio. Primò casu frustrà quæri puto, utrùm implementum sit perfectum, uel imper-

fectum,

fectum,quandoquidem,uel si maximè perfectum sit implemẽtum, non tamen possum alterius pœnitentiam ea ratione impedire, quòd me dicam impleuisse, sed ita demũ,si
7 eo nomine damni aliquid passurus sim; itaque non attenditur, utrùm impleuerim, uel non impleuerim, hoc est utrùm implemento contractum perfecerim, uel minùs, sed utrùm intersit mea,propositum non reuocari, cùm id semper attendatur in primis, ne ex unius pœnitentia, alter dãno afficiatur, etiam si ipsius gratia non fuerit facta conuentio, ut rectè probatur in d.§.item si quis. Tametsi ergo pro parte aliqua impleueris,imò etiam si perfectè impleueris,quod inter nos conuentum est,uel simile aliquid tradideris, uel si aliquid feceris, quod alioquin ad contractus implementum posset sufficere,tamen licebit mihi semper pœnitere, dummodò sine damno tuo id fiat; cum enim gratia tua non fuisse hanc conuentionem initam ponamus,nihil à te potest proficisci, quod συνάλλαγμα dici possit, atque hanc ipsam cõuentionem adstringat, nisi id iam feceris, uel præstiteris,quod non nisi aliquo tuo cùm damno, reuocari possit. Qua ex re fit,ut interdũ pœnitentia pro parte tantùm detur,quatenus scilicet patitur indemnitas eius,qui adimpleuit; sicut uidemus in d.l. si pecuniam.§.item si quis, licere quantùm ad manumissionem,pœnitere, quantùm uerò ad emptionem,non licere, ne tu damno afficiaris,qui nũmos iam erogasti. Itaque semper hęc tria mutuo se consequuntur, nempè id quod interest, actio, & pœnitentia: etenim sicut uel pro parte, uel in totum intererit,ita uel pro parte, uel in totum agetur; sicq; etiam fiet, ut uel pro illa parte, uel in totum pœnitentia tollatur. Hæc de illius implemento, cuius utilitas,conuentioni occasionem non præbuerit. Iam uerò,si conuentio etiam gratia illius, qui impleuit, inita esse proponatur,
8 tunc puto quodcunque implementum,etiam imperfectum, ad agendum satis esse; primò enim uideo hoc sentire Vlpianũ in d.§. item si quis,ut supra demonstraui.Prætereà animaduerto iurisconsultos,cùm in aliqua specie demonstrare uolunt,non dari actionem, ex eo argumentari solitos esse, ut dicant,nullum negocium interuenisse,ut Iulia. in l.si area.ff.de condict. Vnde uidetur colligi,satis esse ad actionem,quodcunque negocium interuenire. Proinde cum actionis adsit fundamentum, crediderim ego ea,quam supra dixi, ratione quantùm ad id, quod implendum adhuc superest, oblationem sufficere. Postquàm ergo uidimus,qui sint effectus,tùm oblationis,tùm etiam implementi imperfecti in contractibus innominatis: uideamus nunc, quid stipulatio,quantùm ad utrunque operetur: atqui certè ex prædictis hoc quoque perspicuum esse potest, nam quantùm ad oblationem, clarum est stipulationem, quæ uel nulla re sequuta,conuen-
9 tionem ipsam correspectiuam efficacem facit, posse etiam facere, ut oblatio in ea non minùs operetur, quàm in emptione, locatione, atque aliis conuentionibus correspectiuis,quas sine ulla traditione,ex solo consensu efficacem obligationem parere receptum est.l.1.§.permutatio.ff.de rer.permut. Quare quod disponitur in l. Iulianus.§.offerri.ff. de action. empti.& in aliis similibus supra adductis, etiam in contractibus innominatis locum habebit, in quibus stipulatio fuerit apposita. Quantùm ad implementum imperfectum,idem concludendum est, nempè stipulatione apposita nihil immutari; nam si ponamus illum impleuisse,cuius gratia non fuit facta conuentio, quo casu diximus,ipsius tantùm indemnitati prospiciendum esse; lucri uerò nullam prorsus rationem haberi, non debet hic stipulatio quicquam operari; siquidem illa,obligationes tantùm fir-
10 mat, & adstringit; ipsarum uerò partium intentionem,nulla ex parte creditur immutare, ut ex ijs, quæ infra dicturi sumus, liquidò intelligetur. Si uerò loquamur de illius implemento

implemento, cuius gratia inita est conuentio, cùm fuerit à nobis iam conclusum, implementum quantumuis imperfectum, ad agendum satis esse, dummodo offeratur, quod implendum adhuc superest, nihil aliud certè poterit hîc addere stipulatio, nisi ut oblationis necessitatem tollat; at hoc nullam rationem habet, cum uideamus, oblationem ipsam, in correspectiuis omnibus conuentionibus quantumuis efficacibus, necessariò requiri.

ARGVM.

QVando post implementum, super contractu innominato stipulatio apponitur, sint nè duo contractus, an unus tantùm, ita ut, uel implementum credatur interuenisse gratia implendæ stipulationis, uel præcedens obligatio nouetur, ac si nouatio fit, utrùm prioris obligationis qualitates, in posteriori retineantur.

1 Tria sunt in hoc ultimo capite uidenda.
2 Duplici de causa fieri potest, ut ex stipulatione adiecta cõtractui innominato, unicus contractus inducatur.
3 Quæ regulæ, ante Iustinianum, in nouatione seruarentur.
4 Nonnulla, ab antiquis iurisconsultis, quantùm ad nouationem, ex ueteribus regulis deducta fuere, quæ tamen adhuc remanent incorrecta.
5 L. cum enim. ff. de nouat.
6 L. si stipulatus. §. ult. ff. de usur.
7 Quoties stipulatio minùs continet, quàm in pręcedẽti cõtractu continebatur, nũquàm efficitur unus contractus tantùm.
8 Si nihil minùs contineat stipulatio, quàm ex contractu innominato peti posset, in dubio præsumitur facta numeratio gratia implendæ stipulationis.
9 In nouatione prioris obligationis, qualitates non retinentur.
10 L. aliam. ff. de nouat.

CAP. XLI.

REstat tertium, & ultimum caput illius distinctionis, quam in primo huius disputationis exordio proposuimus, nimirum, ut consideremus; quando in contractu nominato implementum ab una parte, & illud quidem perfectum, interuenit. Nostri interpretes hac in re confusè admodum loquuntur; nos uerò, ut certiori ordine progrediamur, tria hęc distinctè uidebimus. Primò, utrùm contractus innominatus post adiectam stipulationem, adhuc extare dici possit, an sola tunc stipulatio 1
consideretur; quod nostri non seorsum disputant, sed quasi prætereuntes attingunt, ut Socin. hîc nu. 24. in 7. arg. pro opinione contra cõmunem. Secundò, uidebimus utrũ in ijs casibus, in quibus sola consideratur stipulatio, ac præcedens contractus nouatur, fiat nouatio, iisdem retentis qualitatibus, quæ ipsius contractus anteà fuerint; id quod Soci. attingit in ultimis uerbis huius Rub. Tertiò, & ultimò, (& hoc longiori explicatione indigebit) utrùm in illis casibus, in quibus extant, simul, ac seorsum considerari possunt, stipulatio, & contractus innominatus, stipulatio, ipsa contractus innominati naturam imitetur. Quod attinet ad primum, considerandum est, duplici de causa fieri posse, ut cum stipulatio adiicitur alicui contractui innominato, unicus inde cõtractus 2
inducatur; aut enim hoc ea ratione fit, quia contractus ille, stipulatione nouetur, aut quia traditio, quæ interuenit in contractu innominato, censeatur facta gratia implendę stipulationis: quæ duo quoniam maximè inter se affinia sunt, nos permixtè utrunque tractabimus. Rectè hîc ante omnia nos tenere illud oportet, quomodo, ac quibus regulis

regulis nouationem fieri constitutũ sit; inde enim hoc,quod quærimus facili negotio in
3 telligemus. De nouatione non retinuit Iustinianus, quod ante ipsius tempora seruatũ fuerat; statuit enim ipse nunquàm censeri factam nouationem,nisi expressim hoc actum sit, sicq; omnes penitus hac in re coniecturas excludit.l.ulti.C.de nouat. & §.præthereà, insti.quib.mod.tollit.oblig. Verùm ante Iustinianum multæ in hoc distinctiones afferebantur, quarum nonnullas ipse attingit in d.l.ult. Accuratiùs uerò illas refert Theophilus in d.§.prætereà. Nam aut noua aliqua persona interueniebat, & tunc semper nouabatur prior obligatio, aut inter easdem prorsus personas secunda quoque obligatio cõtrahebatur, & tunc si alio modo,quàm uerbis fuisset prior obligatio contracta,dubium non esse,dicit Theophilus, quin nouatio contingeret, si autem uerbis quoque anteà obligatus fuerat, qui posteà illud idem stipulanti promittebat, tum nouatio ita demum fiebat cùm noui aliquid, quod in priore non fuisset, utputà dies, conditio, uel fideiussor,in posteriore stipulatione adiiciebatur. Iam uerò hac occasione,quòd certis casibus stipulatio præsumeretur,nõnulla à ueteribus iurisconsultis introducta fuisse animaduerto,quæ cum uideam Iustiniani uoluminibus inserta,nullo modo dixero ea fuisse corre-
4 cta, licet illud correxerit Iustinianus,cuius fortè occasione ea excogitata sunt,cũ disposuit nunquàm priorem obligationem stipulatione nouari,nisi cùm hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit. Cuiusmodi uerò illa sint,subiectis aliquot exemplis clariùs intelligetur. Exemplum inter cætera illud maximè conuenit,quod habemus in l.cũ.n.
5 ff. de nouat. ubi cum pecunia mutuo data stipulamur, non putat Pomponius obligationem numeratione nasci,deinde stipulatione nouari,sed magis implẽdæ stipulationis gratia numerationem fieri intelligendam esse. Videtur iurisconsultus ea potissimum ratione ibi ita respondisse, ut nouationis præsumptionem euitaret,cùm alioquin concedẽdum fuisset,(ut ipse inquit)obligationem induci,ac deinde stipulatione nouari; quãuis non putarim hoc fuisse illum responsurum quantum ad contractum bonæ fidei: quandoquidem stipulationi magis conformes sunt cæteri contractus stricti iuris, sicq; in habentibus simbolum, &c. l. si unus.§.pactus ne peteret, vers. quod & in specie dotis.ff. de pact. magisq; etiam id spectasse Pomponium crediderim,factum scilicet numerationis quasi indifferens esse, quare non idem de alio quocunq; actu, si qui fortè alicuius cõtractus naturam propriùs attingeret, responsurus fuisset. Verũtamen (quicquid hac in re sit) ne à re nobis proposita discedamus, sic ego sentio, licèt nouationis præsumptio huic dispositioni occasionem dederit,non tamen illam ideò correctam fuisse,quòd nouationis præsumptiones omnes Iustinianus sustulerit.arg.eorũ quæ docet Bar.in l.1.ff. de postulan. Aliud exẽplũ (quod uicissim ad bonæ fidei contractus spectat) possumus desumere ex l.si stipulatus.§.ulti.ff.de usur. vbi quoniã secũdũ ueterũ regulas propter cõ-
6 tractus diuersitatem, ut dictum est, stipulatione præcedens emptio nouatur; ideò ne creditor ex nouatione damnum patiatur interpretatur iurisconsultus, ut quod non potest emptor consequi actione ex stipulatu, id iudicio empti consequatur. Attamen non ubique hęc interpretatio recipietur; quid enim si contrahentium uoluntas tàm aperta sit, ut dubitari non possit, quin illi præcedentem obligationem omni ex parte prorsus nouare uoluerint? tunc certè prioris actionis omne planè cõmodum,ac priuilegium tolletur.l.aliam.ff.de nouat. Verùm quatenus ueterum iurisconsultorum sententia recipiebatur,id quod proximè dictũ est,Iustiniani legibus minimè correctũ esse crediderim,ut neq; eiusmodi alia,quæ à ueteribus iurisconsultis de nouatione tradita reperiuntur, quamuis

ipsi diuersas hac in re sibi regulas proposuerint, arg. l. sancimus.C.de testam.& l. præcipimus.C. de appell. Hæc de nouatione ita duximus esse quasi præmuniendam; ex quibus iam faciliùs id quod quærimus, assequemur. Quærimus an quoties in contractu innominato apponitur stipulatio, duo contractus sint, an uerò sola extet stipulatio, ita ut uel obligatio præcedens stipulatione nouetur, uel quod datum est (ponimus enim in præsentia omninò implementum interuenisse) implendæ stipulationis gratia datum fuisse existimetur. Qua in re nos ea retinentes, quæ nouationis occasione proximè docuimus, ita distinguendum putamus; aut stipulatio minùs continet, quàm contractus innominatus, aut prorsus tantundem, si minùs, tunc dicimus duos esse contractus, neque 7
enim tunc posse uideri factam traditionem gratia implendæ stipulationis. Cui rei argumento est responsum illud Papiniani, quod paulò ante adduximus in l. si stipulatus. §. ulti. ff. de usur. ubi quod actione ex stipulatu non consequor, actione ex primo contractu consequi possum. Quare necesse est extare primum contractum, idq; (ut uidemus) cauetur iure fforũ, & sic obtinebat etiam priusq̃ nouationis præsumptio per Iustinianum tolleretur. Ac porrò in dubiis hæc ipsa interpretatio uidetur magis legitima, ut non idem prorsus, quod in præcedenti contractu, etiam in stipulatione contineri credatur.arg.l.duo societatem.ff.pro soc. Si uerò tantundem prorsus in stipulatione contineatur, quantum in contractu ipso innominato, cui adiicitur stipulatio, si modò incontinenti adiiciatur, tunc credimus unicum tantùm contractum esse, scilicet stipulationis: ac traditionem, quam hic ponimus interuenisse, gratia implendæ stipulationis factam uideri. Quæ sententia optimè probatur ex illa l. cùm enim.ff.de *nouat.* 8
Neque enim ulla unquàm sat consona ratio afferri poterit, cur quod ibi disponitur, minùs in contractu innominato, quàm in mutuo recipiendum sit. Conatur quidem Socinus in ultimis uerbis huius Rub. hanc rationem diuersitatis assignare, cùm dicit non esse locum illi dispositioni, quando actus aliquis specificus antecessit, sed hæc ratio contrarium potiùs concludit. Siquidem cùm apertè demonstrent uerba iurisconsulti ex causa mutui factam ibi fuisse numerationem, anteaquàm stipulatio apponeretur, non uideo cur minùs specificum dicere possimus contractum mutui, quàm contractum innominatum. Quin uerò longè certiorem constat mutui naturam esse; qua ratione factum est, ut certum, ac peculiare nomen sortiretur. Nec dicas, ob uitandum nouationis circuitum, ita Pomponium respondisse, atque iccircò hoc ampliùs non esse necessariũ, cùm hodie ex tacitis præsumptionibus nouatio non inducatur; nam propterea nos supra ostendimus, idq; & à nostris absq; omni controuersia receptum est, dispositionem illius legis non censeri hodie correctam. Quare sicut in mutuo adhuc illud obtinet, nõ uideo, cur non & in contractu innominato concedendum sit, & hoc primum est, quod nobis hîc explicandum proposuimus. Alterum illud fuit, utrùm quando fit nouatio, qualitates prioris obligationis, in posteriori retineantur. Bart.in l. aliam.ff.de nouat.hac in re distinguit; ego autem puto absolutè id negandum esse. Siquidem nouare, est prio 9
rem obligationem tollere.§. præterea, iuncta Rub.inst.quib.mod.oblig.tollit. proinde si non ampliùs extat prior obligatio, non entis (ut uulgò traditur) nullæ possunt esse qualitates.l.eius qui in prouincia.ff.si cert.pet. Quòd si uerba stipulationis eo modo fuissent concepta, ut ex ijs aliquo modo colligi posset, uoluisse contrahentes easdem illas qualitates retinere, tunc illæ proculdubio retinerentur. Verùm hoc stipulationis uerbis tribuẽdum esset, nec propterea dici posset, in nouatione posteriorẽ obligationẽ prioris na

turam

turam imitari. Probantq; optimè hanc sententiam multæ leges illius tituli de nouat. ut l.si creditor.l.emptor.l.nouatione, alięq; complures, quæ attentiùs illam materiam perlustranti, facilè occurrent. Existimat tamen Bart. in l.aliam.ff. de nouat.ex illa ipsa lege, contrarium elici posse, quatenus ibi disponitur, perire dotis priuilegium, & tutelę, si post diuortium, dos in stipulationem deducatur, ac mox statim ea conditio subiiciatur, si id specialiter actum sit; uidentur enim hæc uerba, nisi specialiter hoc actum sit, ostendere, prædictarum actionum priuilegia non peritura: & sic etiam Accurs. ibidem argumentatur. Sed aduertendum est, non intellexisse ibi iurisconsultum, specialiter id actum esse, ut priuilegia perirent, sed ut actio nouaretur, ut optimè ostendunt uerba illa, quæ proximè pręcedunt, tutelæ actio nouetur. Neq; enim desunt aliæ leges.ffo rũ, quæ hanc eandẽ conditionem, si id actum sit, nouationi apponunt, ut l.duo societatem.ff.pro soc.l.2.l.si ita fuero.l. si stichum.§.1. & §. si quis ita, & §. ult. l. si rem aliquam. §. si duo.ff. de nouat. Hãc porrò ipsam l.aliam.ff.de nouat. eodem hoc modo accipiendam esse sentit Iacob. Cuiaci⁹, in §. præterea, inst. quib. mod. oblig. tolli. putatq; illa uerba, si id specialiter actum sit, à Iustiniano addita fuisse, ut quoque ueterum iurisconsultorũ leges, noui iuris intentioni conuenirent. Itaque uidemus, hoc respõsum Pauli nõ modò nõ oppugnare nostrã sentẽtiã, sed illi prorsus maximè suffragari: dũmodò.n. specialiter actum sit, ut nouatio fiat, absolutè concludit iuriscõs. prioris actionis qualitates, ac priuilegia perire.

ARGVM.

VT planè intelligatur, quid operetur stipulatio super contractu innominato, quando id actum fuit, ut ex utraque causa obligatio nascatur, rectè priùs stabiliendas esse ipsorum contractuum innominatorum qualitates, atque in earum porrò enumeratione, difficultates hîc maximæ proponuntur.

1 Contractus innominati, ut & cæteri omnes, ad quatuor articulos rediguntur.
2 De transactionis uiribus communes traditiones referuntur, ac reprobantur.
3 Antinomia.l.siue apud acta, & l.cùm mota. C. de transact.
4 Quàm difficilis eius rationis inuestigatio sit, cur ex hoc articulo, facio, ut des, non oriatur actio præscriptis uerbis. & nu. seq.
5 In articulis illis distinguendis, quos proponit Paulus, in l. naturalis. ff. de præscr. uerb. traditio non ad factum, sed ad dationem refertur.
6 Antinomia Pauli, & Iuliani.
7 L.1. C. de rer. permutat.
8 Vndè potissimum colligant Doct. in contractibus innominatis, succedere obligationem ad id, quod interest.
9 Fertur obligatio, qua uenditor cogitur tradere, esse quidem obligationibus dandi persimilis, sed non illis prorsus conuenire.
10 Quibus legibus probetur, uenditorẽ, non præcisè cogi ad rem tradendam, sed soluendo, id quod interest, liberari.
11 Etiam in stipulationibus dandi, uidetur admitti solutio eius, quod interest.
12 Declaratio.l. ubi aũt nõ apparet.§. ult.inf.
13 Intell.l. si seruum.§.ult.inf.co. (co.

CAP. XLII.

IAM uerò, quoniam negari non potest, quin contrahentes id agere potuerint, ut non solùm ex stipulatione, sed etiam ex contractu innominato, obligatio nasceretur, uel quia post contractum innominatum, ex interuallo fuerint stipulati (quo casu non inducetur nouatio, nisi expressim id actum sit.l.ulti. C. de nouat.) uel quia

ſubiecta etiam incontinenti ſtipulatione, tam apertè tamen uoluntatem ſuam declarauerint, ut implendæ ſtipulationis gratia, non poſſit uideri facta numeratio, id quod poſſe contingere, perſpicuè ſentit iuriſconſ. in l. cùm enim.ff.de nouat. propterea uidendum eſt, utrùm ſtipulatio tunc ſequatur naturam contractus innominati, an uerò propriam naturam retineat. Poſſunt redigi contractus innominati, ut & cæteri om- 1
nes ad quatuor illos articulos, quos explicat Paulus in l. naturalis.ff.de præſcr. uerb. Verùm nos in præſentia, duos illos omittemus, nimirum, do, ut facias, & facio, ut facias. Nam cùm noſtræ huius quæſtionis duo potiſſimum capita ſint, unum, an ſtipulatio, propriam in eo naturam retineat, ut præcisè cogat debitorem ad dandum: alterum, utrùm tollat pœnitentiam, clarum eſt primùm caput, ad hos duos articulos non pertinere, in quibus, non dare, ſed facere, debitor tenetur; In altero uerò capitè, quod (ut uidebimus) non multum habet difficultatis, de duobus hiſce articulis, idem planè concludendum erit, quod de reliquis duobus concludemus. Itaque reliquos duos tantùm in hac tota diſputatione nobis proponemus, nempè facio, ut des, & do, ut des. Et quia illorum materia, obſcura admodùm, atque implicita eſt, nos primò ipſorum contractuum per ſe naturam, atque effectus conſiderabimus, ac difficultates nonnullas in medium afferemus, mox uerò in earum difficultatum explicatione, explicabimus pariter, quid operetur ſtipulatio, ſi in eiuſcemodi contractibus fuerit appoſita. Quòd attinet ad articulum, facio, ut des, duas eſſe ipſius qualitates, ſiue duo (ut ita dicam) attributa eſſe, noſtri ſentiunt. Primum eſſe dicunt, ut qui ad hunc articulum referuntur contractus omnes, pœnitentiam admittant; limitant hoc tamen in tranſactione, in qua ob litiũ 2
finiendarũ fauorem, præcipuo iure receptum eſſe arbitrãtur, ne detur pœnitentia, adducti nimirum ex l. cum mota, & l. quãuis.C.de tranſact. Et licèt Socin. hìc nu.23. putet in illa lege, cum mota, non contineri articulum, facio, ut des; ſed, facio, ut facias, non tamen negat, quin hic ipſe articulus, facio, ut des, in reliquis tranſactionibus contineri poſſit. Imò ipſe quoque nu.24. in primo argumento pro opinione contra cõmunem, eandem recipit intelligentiã, ad l. cùm mota, quæ & à cæteris, frequentiori calculo, probatur. Ego quid hac in re ſentiam ſatis iam ſupra explicaui, cum demonſtraui, falſum eſſe, in contractibus innominatis dari pœnitentiam, dummodo pares utrinq; terminos habeant, ut tranſactio. Qua ex re fit, ut hæc limitatio, de tranſactione minimè neceſſaria ſit. Sed unũ hìc occurrit, quod communi huic doctorum limitationi uidetur obſtare: ita multò magis noſtræ ſententiæ aduerſari uidetur, cùm abſolutè id nos affirmemus, quod ipſi, in trãſactione tantùm admittunt. Credimus nos (idq; multis argumentis ſupra demonſtrauimus) tam in tranſactione, quàm in cæteris contractibus innominatis, non poſſe unum pœnitere, poſtq̃ alter adimpleuit, ſed ſemper illi, qui adimpleuit, dari actionem, quã alterum ad ſoluendum urgere poſſit. At contra hoc uidetur pugnare, quod expreſſim dicitur in l. ſiue apud acta.C.de tranſact. ex tranſactione ſcilicet, nullam competere actio 3
nem, ſed tantùm ope illius actionis, quæ mihi competebat ex prima cauſa, poſſe aduerſarium ad obſequium placitorum urgere; quare ſi ille mutato propoſito malit litem rurſus ſuſtinere, neq; opponat exceptionem pacti, poterit liberè à tranſactione recedere. Sit ergo hæc prima difficultas, quod uidetur pugnare.d.l.ſiue apud acta.C.de tranſact.cũ l.quãuis, & l.cũ mota.ff.eod. & ſi quæ aliæ leges ſunt, q̃ pœnitẽtiã in trãſactione nõ admittũt, ſed ex ea agi poſſe cõcedũt. Et hæc quãtũ ad primã qualitatẽ illorũ cõtractuũ innominatorũ, q̃ referũt ad articulũ, facio, ut des. Altera eorũdẽ peculiaris qualitas eſt, ut ex ijs

non

non poſſit agi ciuili actione præſcriptis uerbis, ſed tantùm de dolo actio competat.l.naturaliter.§.quod ſi faciam.ff.de præſcript. uerb. Quod ſi faciam (inquit Paulus) ut des, "
& poſtquàm feci, ceſſas dare, nulla erit ciuilis actio,& ideo de dolo dabitur. Atque hîc "
ipſe certè difficillimus nodus eſt,in cuius explicatione, permulti quidem, ſed fruſtrà ela
4 borarunt; nam quòd ex hoc articulo, facio, ut des, non oriatur actio præſcript.uerb. non modò rationi, ſed etiam legibus apertiſſimis, repugnare uidetur. Rationi quidē, quia nulla planè uidetur eſſe ratio, cur magis ex articulo, facio, ut facias, oriatur hæc actio, quàm ex ipſo, facio, ut des, cùm æquè in utroque pro implemento factum præceſſerit. Aut enim concedis illud factum, eſſe συνάλλαγμα, aut hoc negas, ſi concedis, cogeris fateri utrobiquè pariter ciuilem obligationē oriri debuiſſe, arg.l.iuriſgentiū, in fi. princ. ff. de pact. Si uerò hoc negas, negandum illud quoque uideretur, poſſe præſcriptis uerbis agi, ex illo articulo, facio, ut facias, arg. l. ſi in area.ff. de cōdict. indeb. ubi negat iuriſconſultus, ullam actionem dari, ubi nullum negotium interuenit. Videntur prætereà huic rei permultę leges refragari, & primò uidetur reclamare d.l. Cum mota. C. de tranſact. ubi recedo à lite, ut à te aliquid ſuſcipiam, ſicq;, facio, ut des, & tamen ciuili actione pręſcriptis uerbis uti poſſum. Neque uerò quicquàm ſuffragatur, quod dicit Socin. ibi, ſcilicet uerbo illo, ſuſcipere, non traditionis factum ſignificari, ac proptereà illam ſpeciem, non ad articulum, facio, ut des, ſed potiùs ad articulum, do, ut facias, eſſe referendam, errauit enim in hoc Socinus (ut mihi uidetur) neque animaduer
5 tit Paulum iuriſconſ. in hiſce articulis diſtinguendis, traditionem, non ad factum, ſed ad dationem retuliſſe, d.l. naturalis.§.1.ff.de præſcrip. uerb. Vbi cum pecuniam dedi, ut rem acciperem, ut in emptione, & uenditione, uult hunc eſſe articulum, do, ut des, & tamen nemo ignorat, in emptione, ſolam ſufficere traditionem, nec ſemper ex ea dominium transferri .l. ex empto, in princip. ff. de act.empt. Quare non uideo, cur minùs uerbum, ſuſcipere, quo utitur Imp. in l. cum mota, ad hunc ipſum articulum referri poſſit, quam uerbum, accipere, quo iuriſc. utitur in d. §. 1. cùm illius potiùs, quàm huius ſignificationem coanguſtare, ab omni ratione alieniſſimum ſit. Aduerſatur pręte-
6 reà diſpoſitio .l.ſolent.ff.de præſcript.uerb.ubi Iulianus in eodem hoc articulo, facio, ut des, præſcriptis uerbis actionem apertiſſimę concedit: Conueneramus enim ſimul ut ſi ſeruum indicaſſes, & is apprehenſus eſſet, aliquid tibi darem, tu feciſti, quod conuentum inter nos fuerat; dicit iuriſc. me ad dandum, quod promiſeram, præſcrip. uerb. actione compelli poſſe. Quòd ſi ſolutum quidem (inquit) nihil eſt, ſed pactio interceſſit "
ob indicium, hoc eſt, ut ſi iudicaſſet, apprehenſusque eſſet fugitiuus, aliquid daretur; "
et quidem conuentio iſta non eſt nuda, ut quis dicat, ex pacto actionem non oriri, ſed habet in ſe negotium aliquod: ergo ciuilis actio oriri poteſt, id eſt. præſcriptis uerbis. Tertiò aduerſatur, quod habemus in l.Labeo ſcribit.ff.de cōtrah. empt. ubi nullū prorſus, ne meri quidem facti implementum interuenit, & tamen præſcriptis uerbis agitur, vt uoluit labeo, à quo Vlpianus non diſſentit, quàmuis alio inſuper modo, agi poſſe putet. Labeo ſcribit, (inquit) ſi mihi bibliothecam ita uendideris, ſi decuriones campani "
locum mihi uendidiſſent, in quo eam ponerem, & per me ſtet quo minùs id à campanis "
impetrem, non eſſe dubitandum quin præſcriptis uerbis agi poſſit. Ego etiam ex uendi "
to agi poſſe puto &c. His ergo legibus omnibus, cōflatur hæc ſecunda difficultas, quas leges, uel ſi Socin. cæterique interpretes, in huius quæſtionis diſputatione attingat, eas tamen poſtmodum inexplicatas relinquunt. Hactenus de hoc articulo, facio, ut des.

Sequitur

Sequitur nunc ille articulus, do, ut des: in quo pariter, uti duas habemus qualitates contractuum innominatorum, quibus illi differunt à contractibus nominatis, ita in singulis qualitatibus percensendis, singulas nobis difficultates occurrere uidebimus, quæ nobis priùs explicandæ sunt, quàm de stipulatione hisce contractibus adiecta, aliquid dicamus. Prima qualitas, superiori quoque articulo cõmunis est, & spectat ad pœnitentiam, in qua nobis, cum Doctoribus nequaquàm conuenit; existimant enim ipsi, etiam in contractibus innominatis, in quibus ab utraque parte aliquid dandum est, ut & in aliis omnibus, pœnitentiam dari. per l. cum precibus, cum simil. C. de rerum permut. Nos uerò in omnibus planè contrarium conclusimus; adducti ex l. ult. illius tituli, alijsq; permultis, quas hîc rursus referre non est necesse. At hîc retenta nostra sententia, quam uerissimam esse, satis supra (ut opinor) ostendimus, dubitationem maximam affert. l. 1. C. illo 7
tit. de rerum permut. ubi gratia utriusque erat facta permutatio, & tamen datur facultas pœnitendi, ac repetendi id, quod fuerit iam solutum, idq; ita demum conceditur, si non uenalis fuerit res, quæ data est, ita ut tantùm permutatio, ac non emptio esse potuerit. At enim (inquit Gordianus) si cum uenalis possessio non esset, permutatio facta sit, idq; quod ab aduersario præstitum est, euictũ sit; quod datum est (si hoc elegeris) cum ratione restitui tibi, postulabis. Altera insuper inest qualitas hisce contractibus innominatis, qui sub hoc articulo, do, ut des, atq; etiam sub superiore includuntur, ut licèt in ijs, debitor teneatur ad dandum, tamen soluendo id, quod interest, liberatur; ita enim Paulus in l. naturalis, sæpius citata. §. 1. In qua actione (inquit) illud uenit, non ut reddas quod accepisti, sed ut damneris mihi quanti interest mea illud, de quo conuenit, accipere; uel si meum recipere uelim, repetatur quod datum est, quasi ob rem, datum, re non sequuta. Ex hac lege, colligit ibi Castr. nu. 5. idque pariter affirmant, & Cynus in l. unica. C. de senten. quæ pro eo, quod interest, & Bart. in l. stipulationes non diuiduntur, in 12. quæstione, infra eod. in cõtractibus innominatis, succedere obligationem ad id, quod interest, non modò si faciendum, uerùm etiam si dandum aliquid sit; eius rei causam esse aiunt, eiuscemodi contractuum debilitatem, qui non tantùm habeant uirium, ut ex ijs possit debitor præcisè, ad soluendum compelli, ideoq; fieri, ut is soluendo id, quod interest, liberetur, perinde ac si facere tantùm, ac non dare teneretur, ut l. si quis ab alio. ff. de re iudic. Atque hanc ipsam rationem, de debilitate, ac pœnitentia, adducunt etiam Angel. & Imol. in d. l. stipulationes non diuiduntur: recipitq; eandem hîc Socin. in penult. col. uers. & fortiorẽ iudico. Hinc porrò adnotãt, permutationem differre à contractibus nominatis, uelut ab emptione, in qua sentiunt, uenditorem omninò ad rem tradendam compelli. l. ex empto. uers. & imprimis. ff. de action. empt. Hanc tamen sententiam, quam, post Martinum ipsius auctorem, Dyn. Alberic. Bald. & Saly. sequuti sunt, ita declarat Castrens. in l. 1. ff. de action. empt. ut hæc ipsa obligatio, qua uenditor tradere cogitur, sit quidem obligationibus dandi per- 9
similis, at non prorsus illis conueniat; quandoquidem non indistinctè, hac obligatione, uenditorem urgeri uolunt, ut rem uenditam tradat, sed ita demum, si eius tradendæ habeat facultatem, non autem cùm illius planè impossibilis redemptio est. Adnotant hîc pariter, permutationem differre à stipulatione, tunc enim tantùm, dicunt solutionem eius, quod interest, stipulationem admittere, cùm faciendum aliquid est, l. si quis ab alio. § ult. ff. de re iudic. l. stipulationes non diuiduntur, infra eo. non autem, cùm dari aliquid oportet. l. si seruum. §. ult. & l. ubi autem non apparet, in fin. infra eod. Hæc

sunt,

ſunt, quæ frequentiùs hac in re noſtri concludunt,quæ uel ſi ſatis rectè comprobata uideantur, tamen non minùs apertè ea ſingula opugnari poſſunt; unde fit, ut ex hoc uno quaſi fonte, uariæ difficultates oriantur. Satis iam reprobatum eſt illud primum,quod dicunt; in permutatione, ut in alijs contractibus innominatis, pœnitentiam dari,itaque
10 in eo non ampliùs inſiſtendum eſt. At quod prætereà dicunt, uenditorem præcisè cogi ad rem tradendam, ſaltem quando eius tradendæ habet facultatem, neque in eo admitti ſolutionem eius, quod intereſt, hoc ipſum(inquam)clariſſimis legibus aduerſatur: ecce enim Dioclet. in l. ſi traditio.C. de action.empt. apertè diſponit, quoties ea uenditoris procacia eſt, ut cùm poſſit rem uenditam tradere, id tamen facere recuſet, condemnandum eum eſſe,quanti intereſt emptionem compleri. Si traditio(inquit)rei uen « ditæ, iuxta uenditionis contractum,procacia uenditoris non fiat,& quanti intereſt com « pleri emptionem fuerit arbitratus,præſes prouinciæ,tantùm in taxationem deducere cu « rabit. Hoc idem in l.1. ff. de action. empt. tàm generaliter diſponitur, ut eius legis uerba minimè patiantur illam reſtrictionem, quando res uendita tradi non poteſt,ita enim ibi dicitur. Si res uendita nondum tradatur, in id,quod inter eſt agitur,hoc eſt,quod « rem habere emptoris intereſt; hoc autem interdum pretium egreditur, ſi pluris interſit, « quàm res ualet, uel empta eſt. Huc etiam ſpectant aliæ leges permultæ,quæ cùm alterna « tiuè dicant, rem præſtandam eſſe, uel id, quod intereſt,ſicquè illius alternatiuæ orationis uim,ad factum debitoris referant,haud obſcurè oſtendere uidentur,ipſius debitoris electionem eſſe, ut l. ex empto.§. etiam.ff. de actio.empt. l. uoluntate.ff.quibus modis pign.uel hyp. ſoluit.l. contractus. C. de fide inſtr. l.qui tibi .C.de hæred. uel act.uend. Quocircà ſi uerum hoc eſſet, quod hiſce legibus omnibus apertiſſimè demonſtrari uidetur; nimirum in contractu emptionis, admitti ſolutionem eius,quod intereſt, certè id, quod diſputatur de ſtipulatione,in contractibus innominatis appoſita, utrùm ſcilicet illa tollat hanc facultatem ſoluendi eius, quod intereſt, & præcisè debitorem ad rem ſoluendam compellat, idipſum (inquam) etiam quantùm ad emptionē, ac uenditionem diſputari oporteret. Verùm(quod multò adhuc magis hanc totam materiā obſcuram, atque implicitam reddit) nec illud quidem tutò concedi poſſe uidetur, quod ubique
11 Doct. ut compertiſſimum ſtatuunt,ex ſtipulatione eum,qui ſe daturum promiſit, præcisè compelli poſſe: ſiquidem duæ leges, quibus ſolis hoc probari creditur, facili negotio declinari poſſunt; quin uerò aliæ leges ſunt,quæ contrarium perſpicuè oſtendunt. Contrarium probat l.quoties,infra eo. ubi ſoluitur æſtimatio eius,quod quis ſtipulanti ſe da « turum promiſerat. Quoties in diem, uel ſub conditione oleum quis ſtipulatur,eius æſti « mationem eo tempore ſpectari oportet, quo dies obligationis uenit. Neq; uerò dubitandum eſt,quin ibi dari fuerit promiſſum; cùm nihil ſtultius ſit,quàm credere eum,qui ſimpliciter oleum uel frumentum ſtipulatus eſt, nudum tradendi factum in ſtipulationē deducere uoluiſſe. Hoc idē probat l. ſi pœnam,infra eo. ubi promiſerat quis pecuniam mutuam, ſicquè pecuniam dare,arg. l.2.§. appellata.ff. ſi cert.pet. Et tamen ſoluitur id quod intereſt. Non ergo præcisè dare promiſſor compellitur, cùm poſſit contingere, ut multò minoris interſit, quàm ſit quantitas pecuniæ,quam ſe is mutuam daturū promiſerat. Ac ſanè maxima cum ratione admitti potuit, ut in quacunq; promiſſionis ſpecie ſatis eſſet ſolui id,quod intereſt:quia cum pecunia omnia compenſentur,non poteſt creditor cōqueri,quòd aliud pro alio ſibi ſoluatur. Ab hac uerò regula uidetur tantùm excepta obligatio ad reſtituendum,in qua æquum eſſe iudicatum eſt,non aliter admitti ſolutionem

ſolutionem eius quod intereſt,niſi petitori placuerit.l. qui reſtituere.ff. de rei uind.l.ſtipulatio.§. ſiue autem .ff. de no. oper. nunc. Id quod in obligationibus dandi ſecus eſſe iam demoſtratum eſt.Nunc videamus quomodo duæ illæ leges euitari poſſint, quibus etiam in obligationibus dandi idem uidetur probari, nempè eum qui dare tenetur,præcisè ad dandum poſſe compelli; adducitur primò l. ubi autem non apparet.§.ulti. infra 12
« eo. Hæc ſtipulatio(inquit ibi Vlp.) fundum Tuſculanum dari,oſtendit ſe certi eſſe,
« continetq; ut dominium efficiatur ſtipulationis quoquomodo. Sed ego horum verborum veriſſimum illum ſenſum eſſe arbitror,ut intellexerit Vlpianus in ſtipulatione, rem dari, non ſpectari illud factum præſtandæ rei, ſed ſatis haberi ſi transferatur dominium in eum cui promiſſum eſt,quocunq; tandem modo id fiat; ac mecũ in hoc ſentit Frãc. Duaren. ibidem,qui propterea dicit non rectè ex his uerbis Vlpiani pronuntiatum illud adnotari, ut qui dare promiſit,præcisè cogatur ad dandum; putat enim ipſe, licet res in obligatione ſit, tamen creditori cumulatè ſatisfactum eſſe,ſi ſolutum ſit quod ipſius intereſt; atq; iccircò promiſſorem tunc abſolui oportere, idq; præſertim ijs in rebus obtinere, quæ pondere, numero, menſuraue continentur. Credunt præterea Doct. commune hoc pronuntiatum probari ex l. ſi ſeruum.§. ulti. infra eod. quo loci(inquit Pau 13
lus) effectum ueteris cuiuſdam conſtitutionis,qua diſpoſitum erat, mora perpetuari obligationem, ut refert ipſe eadem illa lege.§. ſequitur,effectum (inquam) illius conſtitutionis eſſe,ut adhuc homo mortuus peti poſſit, & pro eo fideiuſſor accipiatur, & obligatio nouetur. At non uideo ego quomodo rectè hoc deduci poſſit, quod uulgò ex illis uerbis probari creditur, ut quia ueteres conſtituerint, mora obligationem perpetuari, atq; ob id hominem mortuum(gratia exempli) qui erat in obligatione adhuc peti poſſe; propterea concludere debeamus, promiſſorem non liberari, ſi ſoluat id quod intereſt quando res non perijt quam dare tenetur; etenim ſi non poteſt exiſtimari Vlpian: hoc ipſum negaſſe quando res non extat (imò enim tunc ſolui æſtimationem neceſſe eſt) non uideo cur eo caſu id negaſſe exiſtimandus ſit, quando res extat, & ſolui poteſt, cùm ibi de hoc ipſo caſu ne loquutus quidem fuerit.

ARGVM.

VTrùm tranſactio actionem producat,quæ reo auferat pœnitendi facultatẽ, & nunquid illa ad articulum,facio, ut des, referenda ſit. Cur ex eo ipſo articulo non præſcriptis,ſed tantũ de dolo agi poſſit. Ac quid denique; quantũ ad hæc operetur ſtipulatio, quæ uel trãſactioni,uel cõuentionibus ad prædictũ articulũ pertinentibus fuerit adiecta.

1 Non dubitandum eſt quin ex omni tranſactione detur actio præſcriptis uerbis, quæ pœnitendi facultatem tollat.

2 Quomodo l. cum mota C. de tranſact. uerè conciliari poſſit, cum aliis omnibus legibus,quæ ex tranſactione actionem concedunt.

3 Quando in tranſactione dicatur implementum interueniſſe.

4 Quidnam ſtipulatio in tranſactione, aliiſque ſimilibus contractibus quantum ad pœnitentiam operetur.

5 In illa difficultate,cur ex articulo,facio,ut des,non oriatur actio præſcrip.uerb.cæterorum rationes referuntur,ac reprobantur.

6 In tranſactione non tàm continetur, facio ut des, quàm diſcernitur ſpecies illius articuli,do, ut des.

7 Propoſitæ difficultatis uerior explicatio.

8 Qua ex re ſoleant iuriſconſulti æſtimare, utrũ cõpetat ciuilis actio innominata.

Qua ex

CAP. XLIII.

His propositis difficultatibus, ueras nunc illarum explicationes sigillatim perquiramus, sic enim simul intelligemus quid stipulatio operetur, quantū ad singulas contractuū nominatorum qualitates, ad quas uidimus prædictas qualitates per
1 tinere. Quod attinet ad primā difficultatem de l. siue apud acta C. de transact. quoniam firmissimè illud retinendū est, ex transactione dari actionē præscriptis uerbis, nec pœnitentiæ locum esse, iuxta l. cùm mota, & l. quāuis. C. de transact. id quod etiā de cæteris contractibus innominatis probatur in l. quoniā asseueras, in l. emptionē, in l. ultima. C. de rerum permut. ut nos plenissimè alias demōstrauimus. Propterea uidendū nunc est, qua ratione negauerit Diocletianus in l. siue apud acta. C. de transaction. ex transactione agi posse, & quomodo hæc lex cum legibus proximè adductis conciliari possit. Accursius ibi in uer. pacto, iuxta finem, ita has leges simul conciliat, ut dicat ex hac ipsa l. siue apud acta, regulā negatiuam desumendam esse; eius uerò limitationes haberi in l. quamuis, & in l. cum mota. Verùm hæc solutio, quanuis etiā falsi nihil contineret, tamē difficultatē nulla ex parte tolleret, cū facilè sit unicuiq; regulam, ac limitationes constituere nullis redditis rationibus, cur hæc, uel illa species, sub regula potiùs quàm sub limitatione includatur. Sed falsum est præterea eo modo regulam constitui oportere, neq; enim ratio ulla est, cur si in cæteris contractibus innominatis, oritur actio ex implemento, quę aduersarii pœnitentiā tollit, contrariā in transactionibus regulā statuamus. Alio modo insuper has leges conciliat Accurs. dicens in l. cum mota, esse contractum innominatum, do, ut, facias, licèt in faciendo is pręuenerit, qui facere tenebatur. Quod cū nimis extortum, & cauillosum est, tū nulla est ratio, cur hac in re non idem de transactionibus, ac de cæteris contractibus innominatis concludamus. Sunt qui putent ideò in l. siue apud acta, nō nasci actionē ex transactione, quia ut nascatur actio, requiritur implementū, nec sufficit offerre, uel cauere, ut docet Accur. & Bar. in l. iurisgentiū in princ. ff. de pact. sed ibi actor non potuerat perfectè adimplere, cū teneretur ad factū negatiuū, quod non nisi per mortem impleri potest. §. si quis ita. inst. eo. Sed aduersatur huic solutioni. l. si pro fundo, & l. quāuis, ubi illi, qui recessit à lite, datur actio præscriptis uerbis.
2 Verùm ne diutius quàm par sit in re (iudicio meo) minimè difficili cōmoremur, adnimaduerto ego totā huius difficultatis explicationē à notissimis cōuentionum regulis pendere. Nemo non concedit, etiam correspectiuas conuentiones ante implementum esse nudas, ideoque eum qui non impleuit, contra alterum agere non posse; quod si unus impleuerit, tū illi præscriptis uerbis actionem contra alterum competere. Quod cùm ita sit, considero eas leges, quæ negant ex transactione agi posse, eo casu loqui, quando nōdum à lite recessum est, sed actio adhuc, & instantia pendet. Cæteras uerò leges, quæ ex transactione actionē oriri tradunt, neque illam ex pœnitentia retractari patiuntur, eo ca

ſu loqui, quando inſtantiæ fuit renunciatum,ita ut lis iam penitus finita ſit.Nec ſanè ui 3
deri poterit hæc mea diſtinctio diuinationem ullam habere, cum illis ipſis legibus,qui-
bus uidimus conflari hanc difficultatem, apertiſſimè tradatur; Siquidem in l.quanuis in
l.cùm mota, in l. ſi pro fundo, dicĩt litem finitã reſtaurari non debere. At in l.ſine apud
acta, utitur Diocletianus illis uerbis, rerum uendicatione pendente; idq́; non alia ratio-
ne, niſi ut oſtendat tranſactionem adhuc in nudi pacti terminis conſiſtere,ideoq́; ex pa
cto (ut expreſſim ipſe inquit) actionem naſci non poſſe. Eſt uerò operæpretium inanẽ
hac in re Accurſij ſolicitudinem conſiderare, qui cum hoc ipſum quod proximè dixi-
mus minimè animaduertit, propterea miratur cur ibi dixerit Imp. uendicationem pen
dere, putatq́; ea ratione id fuiſſe dictum,quia adhuc incertum eſſet,an ille alter rem red-
diturus eſſet, an uerò tranſactionis conuentionem ſeruaturus,uel potiùs quia non pror
ſus deſinat eſſe dominus,qui uendicationem remittit: quæ quãuis à Saliceto quoq; ibi-
dem probentur, tamen ab Imperatoris mente ſunt alieniſſima, ut facilè omnes conceſ-
ſuros cõfido, qui quæ hactenus à nobis tradita ſunt,accuratè cõſiderauerint. Atqui cer-
tè ex his, quæ de pœnitẽtia hucuſq; diximus, ac de actione,quæ ſemper orĩt ex implemẽ
to,tàm in tranſactione,quàm in cæteris cõtractibus ĩnominatis,illud quoque licèt intel-
ligere,quidnam ſtipulatio quãtũ ad hoc opereĩ. Nam cũ uerſemur nunc in tertio capite 4
principali noſtræ diſtinctionis,in quo ponimus implementũ interueniſſe, ex implemẽto
uerò ſemper tolli pœnitẽtiã cõcluſum ſit, nõ poterit certè ſtipulatio,quãtũ ad pœniten-
tiã quicquã operari. Et hoc procedit,ſi loquamur de implemẽto illius,cuius gratia fue
rit facta conuentio. Verũ quia poteſt eſſe, ut ille prior impleuerit, cuius utilitas conuen-
tioni occaſionẽ dare nõ potuerit, quo caſu implementũ non ſemper parit actionem,nec
pœnitentiã tollit,ut alias à nobis declaratũ eſt,poteſt dubitari, an faciat hîc ſtipulatio id,
quod implemẽtũ facere nõ poteſt. Quod planè negãdũ eſſe arbitror.Nã quòd hîc actio
non oriaĩ,non facit conuentionis debilitas, atq; inefficacia, ſed intentio contrahentiũ.
At contra intentionẽ contrahentiũ nihil debet mutare ſtipulatio, ut pleniùs infra oſten
demus. Portò autẽ in tranſactione hoc conſiderari non poteſt, quia cũ tranſactio,non
benefaciendi animo fiat,ſed propter rem dubiã,& litẽ incertã.l.1.C.de tranſact. nunq̃ il
la certè gratia unius tantùm facta exiſtimari poterit. Proximè ſequitur illa difficultas,
cur in hoc articulo facio,ut des,ex contractibus innominatis nõ oriaĩ actio præſcriptis
uerbis. Accurſ. in d. l. naturalis.§.quod ſi faciã,in ver.quod ſi faciã,rationes affert com 5
plures,ac cum illa demum uideĩ reſidere, ut dicat actionem præſcriptis uerbis, non niſi
contractum ueſtienti dandam eſſe,at ueſtire contractum,ita demum aliquem dici,ſi ex
eo, quod facit,aliquid alteri adſit, alioquin uerò dari actionem de dolo. Quam rationẽ
Bart. quoque,Alex. cæteriq; frequentiùs probant. At mihi certè illa nequaquã arridet,
nam ſi loquimur de facto,quod nullius rei præſtationem contineat, clarum eſt eiuſmo
di factum ſatis eſſe, ut oriatur actio præſcriptis uerbis.l.ſolent.ff.de præſcr.uerb.l.cũ mo
ta, cum ſim. C. de tranſact. ſi uerò de eo facto loquimur, quod nullam prorſus utilita
tem alteri parti afferat, nemo non uidet,quàm abſurdum ſit, tantoperè coanguſtare di-
ſpoſitionem illius.§.quod ſi faciam. Cùm præſertim ſuperuacuum ſit, in conuentioni-
bus tàm reciprocis, quàm ſimplicibus ea promittere, quæ nullam utilitatem ſint alla-
tura. Multò certè magis ueriſimilia ſunt, quæ hac de re tradit Franciſcus Connanus lib.
1. cap. 15. dum ſtudet rationem afferre, quomodo ex tranſactione, in qua receden-
do à lite alicuius rei ſuſcipiendæ cauſa, uideor facere, ut des, competat mihi actio
præſcriptis

6 præſcriptis uerbis d. l. cum mota, cum ſim. C. de tranſact. cum Paulus in l. Naturalis §. quòd ſi faciam, diſertè tradat ex hoc articulo, facio, ut des, non præſcriptis uerbis, ſed tantùm de dolo agi poſſe, negat ipſe in tranſactione contineri illũ articulũ, facio, ut des, uerùm putat magis in ea diſcerni ſpeciẽ illius cõtractus, do, ut des, quã alterius cuiuſquã innominati contractus, cũ tàm ille qui à lite diſcedit, de ſuo remittere exiſtimandus ſit, quã qui ea gratia quicq̃ dat, ita ut nihilò infirmior cauſa exiſtimari debeat à lite diſcedere, quã eo nomine aliquid præſtare. Atq; hoc ſpectaſſe Paulũ exiſtimat in l. in ſumma. §. & quidẽ. ff. de condict. indeb. ubi his uerbis utitur. Et quia quod trãſactionis nomine „ datur, licèt res nulla media fuerit, non repetitur, nam ſi lis fuerit, hoc ipſum quod à lite „ diſceditur, cauſa uidetur eſſe. Quantũ uerò ad obiectionẽ de l. Solẽt. ff. præſcrip. uerb: eã nobis putat conciliare, copulatã illã uerborum cõmiſſuram, ut ſi indicaſſet, apprehenſuſq; eſſet fugitiuus, certi aliquid daretur, quæ uerba demonſtrant non ibi ſimplex indicandi factũ interceſſiſſe, ſed etiam apprehenſionem ſubſequutã eſſe. Habent hæc certè coloris nõnihil, ſed quantũ ad rationem cur in. §. quòd ſi faciã. neget iuriſc. ex hoc articulo, facio, ut des, cõpetere actionem præſcrip. uerb. nihil aliud affert Connanus, niſi illud idem, quod & frequentius ſentiunt noſtri interpretes. Quod ipſum paulò ante à no-
7 bis ſatis reprobatum eſt. Nos itaq; ut commodius hãc rationẽ inueniamus, ac ueriores etiã reſponſiones afferamus ad eas leges, quæ cũ hoc reſponſo Pauli pugnare uidentur, illud ante omnia præ oculis habere debemus, toties iuriſcõſultos reſpondiſſe actionẽ ciuilẽ, ſcilicet præſcriptis uerbis cõpetere, quoties uiderunt poſſe illã deſumi ex regulis iuris ciuilis, ita ut oriretur quidem actio ſecundũ ciuiles regulas, ſed uſitata actionum nomina deficerent, ac conuentiones eſſent eiuſmodi, quarum appellationes nullo iure ciuili proditæ eſſent, ut l. 2. & 3. ff. de præſcript. uer. Alioquin cùm uidebant propoſitam aliquam ſpeciem ſub iuris ciuilis regulis non comprehendi, ac poſtulare tamen æquitatem, ut ex ea cauſa agi poſſet, reſpondebant actionem in factum à prætore dandam. l. inter ſocerum. §. conuenit. ff. de pact. dot. l. ult. ſupra tit. prox. uel actionẽ de dolo competere, ſi dolus aliquis argui poſſet. l. 1. & toto tit. ff. de dolo. Quoniam uerò nõnullæ factorum ſpecies interdum occurrebant, quæ an ſub iuris ciuilis regulis continerentur, non ſatis perſpicuum erat, propterea nonnunquam iuriſconſulti inter ſe diſſentiebant, ac de eo altercabantur, utrùm ciuilis actio præſcriptis uerbis competeret, an uerò actio in factũ à prætore danda eſſet, ut perſpicuè oſtendit Vlp. in l. iuriſgentium in princ. ff. de pactis, dum dicit rectè Iulianum à Mauritiano reprehenſum, in illa facti ſpecie quando dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumitteres, & poſt manumiſſionem Pamphilus euictus eſt, putabat enim Iulianus in factum actionem, à Prætore dandam, Mauritianus uerò animaduertebat, ſubeſſe συνάλλαγμα, ex quo ſecundum iuris ciuilis regulas, actio ciuilis ſi minùs nominata, at ſaltem innominata, id eſt præſcriptis uerbis oriri poſſet.
8 Vtrùm uerò ciuilis actio competat, ex eo æſtimant iuriſconſulti, ſi facti ſpecies quæ proponitur, ſimilitudinem gerat, ſpeciẽque alicuius ex illis conuentionibus, quæ à lege ciuili expreſſim approbatæ ſunt. Porrò autem ſi conuentio aliqua occurat, quæ contineat συνάλλαγμα, ex hoc ipſo ſatis ſemper conformis iudicatur conuentionibus à lege approbatis, ſatiſque hoc cauſæ eſſe creditur, cur ex ea ciuilis actio oriatur d. l. iuriſgentium in princ. & hoc notiſſimum eſt. Verum etiam ſi non adſit συνάλλαγμα, animaduerto tamen ego iuriſconſultos in concedenda actione præſcriptis uerbis, hanc ſimilitudinem etiam quantùm ad reliqua ſpectaſſe, exiſtimantes rectè poſſe ſecundum regulas iuris ciuilis actionem concedi ex quacunque conuentione, quæ ad conuentioni alicui nomi-

natæ ſaltem ſimilis, ac proxima eſſet. Non obſcurè hoc nobis Paulus inſinuat.l. Natu- 9
ralis. §. penult. dum oſtendit poſſe illum articulum, facio, ut facias, plures tracta-
tus recipere, ac uel huius, uel illius contractus ſpeciem, ac ſimilitudinem gerere. Quòd
ſi ſpecies aliqua occurrat, quæ non prorſus uideatur contractus nominati ſubſtantiam
continere, ut ſunt duo caſus ab illo ibi propoſiti, tunc ſaltem ratione ſimilitudinis præ-
ſcriptis uerbis actionem dari concedit, quod & tutius eſſe ait. Verba ipſius hæc ſunt.
« Sed tutius erit & in inſulis fabricandis, & in debitoribus exigendis, præſcriptis verbis da
« ri actionem, quæ actio ſimilis erit actioni mandati, quemadmodum in ſuperioribus ca-
« ſibus, emptioni, & locationi. Eandem hanc ſimilitudinem ſpectari uideo in l. labeo. ff.
de præſcrip. uerb. ubi quia non uidebatur emptio eſſe poſſe nondum impleta conditio
ne, putauit labeo competere actionem pręſcriptis uerbis, quę actioni ex empto ſimilis
eſſet, & tamen nullum ibi συνάλλαγμα interuenerat. Contra uerò Vlp. credidit, & ex uen-
dito quaſi impleta conditione agi poſſe. At labeo quia ibi nō perfectam uenditionem
eſſe putabat, ſed eius tantùm quaſi ſimulachrum adeſſe, ratione huius ſimilitudinis,
cenſuit pręſcriptis uerbis actionem competere. Iam uero facilè & hoc intelligemus
quod in præſentia quærimus, nimirum cur in eo articulo, facio, ut des, ſi contractus ſit
innominatus, non ciuili actione præſcriptis uerbis, ſed tantùm de dolo agi poſſit; et cùm
demonſtratum ſit, ex contractibus innominatis ea ratione præſcriptis uerbis actionem
oriri, quia uel habeant συνάλλαγμα, uel contractus alicuius nominati ſpeciē, ac ſimilitudi
nē gerat, nũc animaduertere nos oportet in hoc articulo, facio, ut des, utrumq; deficere,
nã neque hîc συνάλλαγμα uerè adeſt, neque ulla eſt nominata conuentio, ad quam hæc 10
ſpecies referri poſſit, ut ſingulas percurrendo facilè intelligemus. Itaque deficiente iu-
ris ciuilis præſidio, confugitur ad ius prætorium, quod non tantùm adiuuandi, uel cor
rigendi, ſed etiam ſupplendi iuris ciuilis gratia fuit introductum. l. ius autem ciuile. §. ius
prætorium. ff. de iuſt. & iur. Datur porrò actio de dolo, quia hoc poſtulat ſubiecta ma-
teria, cùm enim me adduxeris, ut id facerem, quod ſemel factum ampliùs reuocare non
poſſum, tu uerò id differas dare, quod promiſiſti, hæc ceſſatio arguit dolum. Quod ſi 11
fortè conſtaret omnem dolum abeſſe, tunc putarem dandam eſſe omninò actionem in
factum: ſentitq; hoc idem Iacob. Cuiatius ſolidus admodum interpres, in l. iuriſgen-
tium, in princ. ff. de pact. Hac recepta explicatione, nihil ampliùs obſtabunt illæ leges,
quæ Pauli reſponſo obiiciebañt. De l. labeo ſatis iam dictum eſt. In l. ſolent puto id ſpe- 12
ctaſſe Iulianũ, quod paulò ante ex Connano relatum eſt, nimirum non eſſe illud ſimplex
factum, ſed illi quodãmodo traditionem ineſſe, cùm non ſatis ſit te indicaſſe ſeruum fu-
gitiuum, niſi ille apprehenſus ſit, ſed quoniam uerè non eſt illa ſatis explicita traditio,
propterea hac de re ſollicitus iuriſconſultus ſe quaſi ancipitem oſtendit, neque abſolutè
audet affirmare hanc conuentionem habere in ſe negotium, ſed dicit habere negotium
aliquod, neq; eſſe nudã cõuentionem, quaſi fateañ de hoc meritò dubitari potuiſſe, an eſ
ſet nuda cõuentio. Poſtremò etiã cũ animus non prorſus quieſceret, ſubijcit illa uerba.
Niſi quis in hac ſpecie actionem de dolo cõpetere dicat; cũ enim uideret non ſatis expli-
citũ ibi negotiũ adeſſe, ne quis fortaſſe ea de cauſa cõtenderet, pręſcriptis uerbis actionē
oriri non poſſe, nos illud admonitos uoluit, uel ſi maximè hîc ciuilis actio deficeret, de
dolo tamen actionē deeſſe nō poſſe. Reſtat l. cũ mota. C. de tranſact. cui puto illã reſpon
ſionē optimè conuenire, ut cùm eodē Conn. dicamus nō eſſe referendã tranſactionē ad
hunc articulũ, facio, ut, des, ſed potiùs ad illũ, do, ut des, cũ is qui, diſcedit à lite, tã de ſuo
remittere exiſtimandus ſit, quã qui ea gratia quippiã dat. Quod ipſum ego ea ratione
confirmo,

cõfirmo,quia ut dicatur dare,nõ eſt neceſſe præſtationis factũ interuenire,ſed ſatis eſt ius ipſum transferri, quoquo modo. Et hoc eſt,quod uerè ſenſit Vlp.(quemadmodũ ſupra diximus)in l.ubi autẽ nõ apparet.§.ult.inf.eo.Sic ergo iã plana omnia,& expedita ſunt. Sed tamen unũ hîc occurrit,quo uno cætera planè uidentur ſubuerti poſſe. Diximus ex cõtractibus innominatis,qui referuntur ad hunc articulũ,facio,ut des, propterea nõ oriri actionẽ præſcriptis uerbis,quia neq; habent συνάλλαγμα,neq;ullius cõtractus nominati
13 ſimilitudinẽ,ac ſpeciẽ gerunt. At non immeritò quis dubitabit,cur nõ poſſit hic articulus ad locationẽ, & conductionẽ referri, poſſum enim locare operas meas (id quod in facto proculdubio poſitũ eſt) ut tu mihi pecuniã des. Aduertendũ eſt ante omnia hoc nihilo magis nobis obſtare,quã ipſi iuriſconſulto Paulo:neq; enim dubitandũ eſt, quin hoc ipſum, quod paulò ante affirmauimus,apertiſſimè ipſe tradat,in d.l.naturalis.§.q; ſi faciã,nimirũ hunc articulũ. facio,ut des, neq; ad locationem,& conductionem,neq; ad alium ullũ contractũ referri poſſe. Idq; omnes(ſat ſcio) nõ grauatè fatebunt, qui eius legis totũ contextũ attentè cõſiderabunt; ſiquidẽ ante hunc.§. Paulus in ſingulis articulis accuratè docuerat, quomodò illi ad contractus nominatos redigi poſſent,ac præſertim in §. proximo ſuperiori dixerat ſpectari oportere, utrùm in articulo illo, do, ut facias, tale proponat factum, quod uendi, aut locari ſoleat: cùm alioquin non ex prædictis contractibus, ſed tantùm preſcriptis uerbis agi poſſit. At uerò cum poſteà deuenit ad hunc articulum, facio,ut des, utitur iſtis uerbis. Quòd ſi faciam, ut des, & poſteaquàm feci,ceſſes dare,nulla erit ciuilis actio,ſed tãtũ de dolo dabit. Quæ uerba iũctis ſuperioribus liquidò oſtẽdũt,nõ æquè hũc articulũ, ut ſuperiorẽ ad locationẽ,& conductionẽ referri poſſe. Sed quia, ut obiectũ hoc tollat, nõ ſatis eſt oſtẽdiſſe ita iuriſcõſultũ quoq; ſentire,uideamus, quæ ratio ipſum adduxerit,ut ſuperiorẽ illũ potiùs, quàm hũc articulũ locationi uicinũ,ac proximũ dici poſſe exiſtimauerit. Mihi illa uidet eſſe ueriſ-
14 ſima ratio,ac ipſius Pauli ſentẽtiæ maximè cõſentanea, ut dicamus ueteres iuriſcõſultos in cõuẽtionũ generibus diſtinguẽdis,id apprimè ſpectaſſe,quẽ nã ſibi finẽ cõtrahẽtes ꝓponerẽt;finẽ uerò ipſum ex cõuẽtionũ incũdarũ ratione potiſſimũ æſtimaſſe. Itaq; cũ uiderẽt in locatione,dationẽ ad eũ finẽ referri,ut aliquid fiat; in hoc uerò articulo,facio,ut des,intẽtionẽ cõuerti,ac factũ potiùs eo ſpectare,ut aliquid det, propterea nõ iudicarũt locationẽ ad hũc articulũ pertinere,imò nec aliãve ullã cõuẽtionẽ hoc articulo cõtineri, q̃ locationi uicina,ac ꝓxima exiſtimari debeat. Etenim licèt poſſit in locatione interdũ ꝓueniri,q prior ſoluere debuerat, ita ut facti præſtatio mercedis ſolutionẽ antecedat, attamen ſatis eſt, initio locationem ex partium intentione certã naturã aſſumpſiſſe. Hanc puto uerã huius nodi explicationẽ, quã uel ſi ceruicoſi forſan minùs probabunt,probabũt illi tamen(ut opinor)qui non tàm contentionis cupidi erunt,quã ueritatis. Atqui in eo quod poſtremò diximus, nobiſcum ferè conuenit Iacobus Cuiatius in d. l. iuriſgentium, in principio, ubi propterea concludit hoc negotium,do ſcyphos, ut tabulas pingas, locationi proximũ eſſe; contra uerò quod ita initur, tabulas pingo, ut ſcyphos mihi des, locationi non rectè comparari. Nunc ſi quæramus(id quod in ſingularũ difficultatum explicatione ſtatuimus aperire) quid operetur ſtipulatio, quantùm ad hoc,
15 quod proximè concluſum eſt, uidetur id mihi clarius eſſe, quàm ut à nobis ampliùs explicari oporteat; etenim ſi in hoc articulo, facio, ut des, ideo competit actio de dolo, quia ob rationem, ſuperius adductam non poteſt agi præſcriptis uerbis, ac ſi actioni de dolo conſtat nunquam locũ eſſe, quando uel ex ſtipulatione, uel ex alia quacunq; cauſa agi poteſt, l. 1. in princ. &.§. Ait prætor.ff. de dolo, conſequens certè eſt eum hîc ſti-

pulationis effectum esse, ut de dolo actionem permutet, si modò in stipulationem totum id deductum sit, quod de dolo actione consequi actor potuisset d. §. Ait Prætor: Vtrùm uerò actio ex stipulatu prætoriæ illius actionis naturam imitetur, nulla ratione hîc dubitari posse puto; Quandoquidem si ipsa quoq; actio ex stipulatu ob id fieret arbitraria, atque actionis de dolo naturam assumeret, frustra quæreret Vlp. in d. §. Ait prætor, utrùm de dolo, an ex stipulatu agi posset.

ARGVM.

VTrùm ijs casibus quibus post implementum datur repetitio in contractibus innominatis, apposita stipulatione, quicquàm immutetur; & an stipulationis natura patiatur, ut in obligatione, rem dari, rectè id quod interest, solui possit.

1 Declaratur l. 1. C. de rer. permut.
2 Rei alienæ non ut uenditio, ita & permutatio consistit.
3 Ratio differētiæ inter emptionem, & permutationem.
4 Tres casus, in quibus repeti potest id, quod ex causa permutationis datū est.
5 Quamuis stipulatio in prædictis casibus non tollat facultatem repetendi, tamen à propria natura non recedit.
6 Vnde fluxerit, & quomodò accipienda sit illa regula, qua traditum est in stipulationibus attēdi debere, quod uerbis expressum est.
7 In stipulationibus quoque attenditur in dubio, quid actum sit, idque ex bona fide æstimatur.
8 Caroli Ruini distinctio non necessaria.
9 Falsum est quod nostri statuunt, commodo scilicet debitoris inductum esse, ut soluatur id quod interest.
10 Non creditur ille casus posse facilè contingere, ut uolente debitore soluere id, quod interest, creditor id recuset.
11 Perpenduntur uerba l. Naturalis. §. 1. ff. de præscr. uerb.
12 L. 1. ff. de act. emp. & l. 1. C. eo.
13 Quomodo cognosci possit, utrùm in stipulationibus dandi, rectè soluatur id quod interest.
14 Potest uerbum, præstatio, & ad dominii translationem referri.
15 Licèt stipulatio dandi solutionem eius quod interest interdum admittat, tamen non magis mutat propriam naturam, quàm cùm ex subiecta materia, modò diuidua, modò indiuidua fit.

CAP. XLIIII.

REstat nunc ille articulus, do, ut des, in quo pariter uidendū est, quomodo propositæ à nobis superius de illo dubitationes tollantur. Dubium primò illud faciebat, quod tradit Gordianus in l. 1. C. de rerum permut. posse nimirū te po 1
stulare, si hoc elegeris, ut restituatur tibi quod datum est; cùm tamen in permutatione nec pœnitentiam, nec repetitionem dari nos supra docuerimus, legibus nimirum apertissimis adducti, ut. l. quoniam asseueras. l. penult. & l. ult. C. illo tit. de rerum perm. Credo ego in hoc distinguendum esse, utrùm quod datum est, uel promissum, ex causa permutationis, proprium fuerit illius qui dedit, uel promisit, an uerò alienum. Nam si proprium, neuter potest mutato proposito, id quod dedit repetere, & ita procedunt leges proximè adductæ; si uerò rē alienā fortè mecū permutasti, tunc liberè à permuta- 2
tione recedere, ac quod dedi repetere possum, si modò hoc elegerim, nam & conuenire possem, ut tu rē à me acceptā tibi retineres, ac pro euictione mihi satisfaceres; Verū si rē datam repetere maluerim, id mihi licebit. Siquidē tunc non ualida, ut in priore casu, sed planè

planè inutilis permutatio est, quæ rei alienæ nulla esse potest.l.1.§.ideo Pædius.ff.de rer. permut. Ideò Pædius ait rem alienam dantem nullam contrahere permutationem: igi- " tur ex altera parte traditione facta, si alter nolit rem tradere, non in hoc agemus uti- " que, quod intereſt noſtra rem illam accepiſſe, de qua conuenit, ſed ut res noſtra nobis " reddatur, condictioni locus eſt, quaſi re non ſequuta. Sed unde tanta (inquies) diſſimili "
3 tudo inter emptionem, & permutationem (quæ certè alioquin maximam inter ſe affini tatem habent. ar.§. item pretium, inſt. de empt. & uendit.) ut rei alienæ inutilis permutatio ſit, cum tamen rei alienæ ualeat emptio, & uenditio: imò uerò, & liberi hominis, & loci ſacri, uel religioſi, dummodò ab ignorantibus ematur.l. ex empto, in princ. l.& liberi hominis.ff. de contr. empt. & §. ult. inſt. eo? Tametſi cùm leges apertas habemus, ſatis eſſe creditur, quod reſpondeamus, ita terminos à ueteribus iuriſconſultis eſſe conſtitutos, tamen ut aliquid afferatur, unde ſaltem probabiliter ipſi iuriſconſulti moueri potuiſſe uideantur, ego illam differentiæ rationem ſatis probabilem eſſe iudico, ut dicamus in permutatione, cùm re mea me ipſum ſpoliem, ut pro illa alteram accipiam, apertè ex hoc colligi, id me in animo habere, ut non minùs meum efficiatur, quod tu mihi præſtas, quàm priùs illa res eſſet, quam pro eo tibi contra erogaui. Quod in emptione ſecus eſt, ſiquidem cum pro re, quam mihi uendis, ego non aliam rem, quàm pecuniam perſoluerim, ſatis uideor habere, ſi cùm fortè ea res euicta fuerit, in pecunia numerata mihi ſatisfiat. Huc accedit, quod cùm temporibus illis, quibus primùm permutatio introducta eſt, nondum pecunia in uſu eſſet, nec quicquam aliud, ex quo res omnes æſtimari poſſent, difficilè fuiſſet, poſt rei permutatæ euictionem aliam rem inuenire, quæ mihi æquè ſatisfaceret, ar. l. p^a.ff. de contrah. empt. vnde ſatius eſſe iudicatū eſt, irritam tunc fieri permutationem, atque illum, qui euictionem paſſus eſt, id quod dederat, poſſe repetere. Itaque uerè poſſumus affirmare, quamuis non liceat in permutatione, ut neque in aliis contractibus innominatis pœnitere, tamen nonnullos eſſe caſus, in quibus pœnitendi, atque eius, quod datum eſt, repetendi facultas conceditur.
4 Primus eſt, quem proximè uidimus, quando res aliena fuerat permutata. Secundus eſt huic proximus, quando perijt res, quæ pro re mea mihi inuicem danda erat, ut ſi ſtichus mortuus ſit, quem mihi contra dare promiſeras.l.ult.ff.de condict. ob cauſ. Tertius eſt, quando contractus non illius gratia celebratus eſt, à quo res data repetitur, quamuis in hoc ipſo articulo, do, ut des, putem id perrarò contingere. Nunc uidendum eſt, an iiſdem iſtis caſibus adiecta ſtipulatione repetendi facultas tollatur. Quod ipſum nos prorſus, ob rationes quas ſtatim adducemus, & hîc, & ubique negandum arbitramur, præterquam cùm pœnitentia, & repetitio non ex intẽtione contrahentium, aut ex conuentionis natura, ſed ex eiuſdem inefficacia tolleratur potiùs, quàm conceditur, quod tamen non ad hoc, ſed ad primum huius diſtinctionis caput pertinet, de quo ſupra iam ſatis dictum eſt.
5 At uerò quamuis hîc non credamus ſtipulatione quicquam immutari, ſed poſt ſtipulationem interpoſitam, adhuc repetitionem admitti, non id tamẽ ea ratione fieri concedimus, quia ſtipulatio propriam naturam non retineat, ac ſequatur naturam contractus innominati: imò enim in hoc quoque retinet ſtipulatio naturam propriam, ut iam oſtendemus. Video ſanè mirum hoc pleriſq; uiſum iri, cum de repetitione nihil hîc dictum fuiſſe ponamus, apertiſſimis uerò legibus traditum ſit, in ſtipulationibus id tantùm ſpectari debere, quod uerbis expreſſum eſt.l. quicquid aſtringendæ.inf. eo.l.quia tantundem.ff.de negot.geſt. Vt ergo cõmodiùs hoc explicemus, rectè

rectè ante omnia teneamus oportet, quomodo accipienda sit hæc ipsa regula, quæ no 6
" bis aduersari uidetur, nempè in stipulationibus attendi, quod uerbis fuit expressum.
" Considerandum est fluxisse hanc regulam, ab illa differentia, quam plenissimè nos supra
" explicauimus, inter bonæ fidei, ac stricti iuris contractus: uidimus enim in bonæ fidei
" contractibus, hominum consuetudini, atque eius negotij, quod geritur, naturæ plurimum solere tribui. Quin uerò eam magis spectari, quàm quod uerbis expressum est. l. in emptis. ff. de contrah. empt. l. lucius, cum simil. ff. depos. In stipulatione uerò secus esse constat, quia nullum est negotium stipulationi peculiare, cuius natura attendi debeat; ideoq; id tantùm in illa attenditur, quod stipulantium uerbis expressum est; quæ uerba, neque ex ipsius negotij, quod uariũ plerũque, & incertũ est, neque ex ulla hominum cõsuetudine, quæ in re planè uaria, & incerta nulla esse potuit, nec declarari, nec suppleri
" possunt, & hoc est proculdubio, quod Celsus docere nos uoluit, cum dixit. Quicquid
" astringendæ stipulationis causa dictum est, id nisi palam uerbis exprimatur, omissum es
" se intelligit. l. quicquid astringendæ. ins. eo. Neque aliud sensit Paulus in l. quia tantundem, cùm dixit, tantundem ualere in bonæ fidei iudiciis officium iudicis, quantùm in stipulatione eius rei nominatim facta interrogatio. At non propterea negandum est, quin quando in stipulatione aliqua inest ambiguitas, fortè quia non plenè omnes factorum euentus, aut alia, quæ necessaria erant, contrahentes enumerauerint, quin tũc (inquam) ex bona fide spectetur, quod actum est; atque id ipsum cùm ex negotij natu- 7
ra æstimetur, si modò illa tàm certa sit, ut inde uoluntatis coniectura desumi possit, tùm etiam ex eo, quod legibus cautum reperitur, nisi fortè stipulatio apertè contra leges scripta sit. Imò enim hæc omnia in stipulatione spectanda esse, docet perspicuè Paulus in l.
" ubi est. ff. de rebus dubijs. Vbi est (inquit) uerborum ambiguitas, ualet quod actum
" est. Veluti cùm stichum stipuler, & sint plures stichi, uel hominem Chartagini, cùm sint
" duæ Chartagines, semper in dubijs id agendum est, ut quàm tutissimo loco sit res con-
" tracta, nisi cùm apertè contra leges scriptum est. Quod cum ita sit, quoties pro illa re, quam ex causa permutationis tibi dedi, alteram à te stipulatus sum, moxq; euenit ut res quam tibi dedi euicta sit, cùm de hoc euentu nihil expressum sit, non repugnat naturæ stipulationis, ut hoc casu inspiciamus quod actum est, id uerò proculdubiò actum esse creditur, quod legibus dispositum est, nisi apertè contra leges scriptum sit, ut Paulus inquit. Quapropter cùm leges hoc casu tibi repetitionem concedant, si fortè solueris, atq; ideò multò magis nondum facta solutione, conueniri te posse prohibeant, concludendum erit, neq; etiam ex stipulatione te conueniri posse; nec sanè aliter debebit accipi stipulatio, quæ stipulationi fuerit adhibita, uel si maximè ipsius stipulationis naturã attendamus. Etenim inter cætera, ex quibus stipulatio declaratur, potissimum illud est, quan
" do id deducitur in stipulatum, quod ex præcedenti aliqua causa debitum erat, unde
" Vlp. in l. 2. §. 1. ff. de priuileg. cred. Quare (inquit) si in stipulatum funeris impensa de-
" ducta sit, dicendum est locum esse priuilegio, si modò quis non abijciendi priuilegii causa stipulatus sit. Hoc idem optimè etiam colligitur ex l. 1. §. bellissimè, & . §. si quis sub conditione. ff. ut leg. nom. cau. ex l. cùm quis decedens. §. 1. ff. de leg. 3. ex l. si eum §. qui iniuriarũ. ff. si quis cautionib. & l. si stipulatus sum. ff. de usur. Quibus in omnibus legibus (missis aliorum tàm inductionibus, q̃ responsionibus) negari certè non potest, quin ex præcedenti aliquo actu, atq; ex materia subiecta coijciant iurisconsulti, quid sibi uoluerint ij, qui stipulationem contraxerant, quorum intentionem semper rei, quæ

gerit ur,

geritur, quam maximè conformem esse interpretantur, non quia in hoc uelint à stipulationis natura recedere, sed quia stipulationis natura exposcit, ut id maximè attendatur, quod maximè contrahentes in animo habuerunt. Id autem semper in animo habuisse creduntur, quod ex iis colligitur, quæ expressa sunt, ut rectissimè semper colligatur, quicquid eius rei, quæ in stipulatum expressim deducta est, naturæ conuenit. Quocircà minimè necessariam esse censeo, tam prolixam illam distinctionem, quam tanto
8 apparatu tradit Carolus Ruinus hîc nu. 61. qui putat esse considerandum, utrum ex necessitate fuerit interposita stipulatio, an uerò uoluntariè: ac si uoluntariè, utrum principaliter, uel accessoriè, uel (ut ita dicam) subrogatiuè: aliasq; insuper multas subdiuisiones tradit. Siquidem licèt uariè accipiatur stipulatio, maximè tamen semper naturam suam seruat, quemadmodum dictum est. Postrema difficultas oriebatur ex illis legibus, quæ in stipulatione, qua dari aliquid promissum est, non præcisè ad dandum debitorem compellunt, sed eius, quod interest, solutionem admittunt, atque ex ijs pariter, quæ in uenditione idem concedunt, quamuis rei tradendæ facultatem uenditor habeat. Vt rectè omnia percipiantur, quæ ad hanc rem totam attinent, unum censeo ante omnia aduertendum, in quo mihi uidentur nostri interpretes cum ueteribus iurisconsultis, non satis conuenire, & ex quo maximè (nisi fallor) tota hæc perplexitas ori
9 tur. Existimant nostri interpretes, debitoris commodo id comparatum esse, ut loco rei debitæ soluatur id, quod interest; sic enim debitori prospectum esse dicunt, ne rem debitam præcisè soluere compellatur. At longè secus uidentur mihi sensisse iurisconsulti: Siquidem illi quoties statuunt id, quod interest solui oportere, ea in re semper creditoris cõmodum sibi proponunt. Cùm enim pecunia æstimentur omnia, ac compensentur, cùmq; æstimatio eius, quod interest, non tantùm cõmunem rei æstimationem, sed & dãnum emergens, & lucrum cessans complectat̃, non putar unlegũ nostrarũ authores posse alio modo (ubi tamen singularis affectio non attendat̃, ut in promissis exigendis nõ attẽdit) nõ alio, inquã, modo putarũt cumulatius posse creditori satisfieri, aut debitoris cõtumaciã acrius puniri, quã si in id, quod interest, cõdẽnatio fieret. Itaq; eũ casum nõ faci
10 lè posse contingere existimarũt, ut cùm paratus esset debitor soluere, id quod interest, recusaret id creditor, ac rem potiùs promissam sibi dari contenderet. Et uix quidem in rei proprię restitutione hoc consideratum est, licèt in ea maior affectio cadere possit. Id
11 quod optimè colligitur ex l. Naturalis. §. 1. ff. de præscrip. uerb. quo loci dicit Paulus in iudicio permutationis id uenire, non ut reddas quod acceperis, sed quanti intersit mea illud de quo conuenit accipere, & tamen postea statim subijcit, posse me id quod dedi à te repetere. Quod maxima profectò animaduersione dignum est; nam si ego possum rem meam repetere, & tamen Paulus negat in ea actione uenire restitutionem, aitq; uenire id, quod mea interest, certè nulla alia de causa ita loquutus esse existimari potest, nisi quia pro comperto habuit, solum futurum reum conuentũ, qui rem acceptam cupiat restituere, me uerò potiùs petiturum id, quod mea interest. Quocircà illũ casum, ut ego meum potiùs recipere uelim, quàm consequi quanti mea intersit illud de quo conuenit accipere, illum (inquam) casum tanquàm raro euenturum non principaliter, sed quasi pertransiens attingit. In qua actione (inquit) id uenit non ut redas, quod acce «
peris, sed ut damneris mihi quanti interest mea, illud de quo conuenit accipere, uel si «
meum recipere uelim, repetatur quod datum est, quasi re non sequuta. Multoq; etiam «
apertiùs hoc ipsum probatur legibus illis ex materia empt. superius adductis. Etenim

Vlpianus

Vlpianus in l. ex empto .ff. de actio. empt. dicit in primis ipſam rem præſtare uenditorem, & tamen in l. 1. illo tit. & in l. 1. C. eod. ſatis habetur, ſi uenditor ſoluat, quanti intereſt uenditionem compleri. At qua ratione ſi uenditor præcisè ad rem præſtandam eſt obligatus? certè non alia, niſi quia non creditur emptor id recuſaturus, quod commodi ſui gratia, & ad puniendam debitoris contumaciam fuerit à legislatoribus conſtitutum. Hinc facilè (ut mihi uidetur) intelligi poteſt, quid in ſtipulatione concludendum ſit, quantùm ad ſolutionem eius, quod intereſt, & utrum ſtipulatio ipſa adiecta contractui innominato eius naturam ſequatur, an uerò naturam propriam retineat. Iam diximus ſupra id quidem præcipuè in ſtipulatione attendi, quod uerbis expreſſum eſt, ſed tamen ubi ambiguitas fortè aliqua occurrat, tunc inſpici quod actum eſt. l. ubi eſt. ff. de reb. dub. Propterea ergo ſi quis ſimpliciter rem quampiam ſibi 13
dari ſtipuletur, quæ ex nulla præcedenti cauſa ſibi debita fuiſſet, neque diem adiiciat, aliudve aliquid ex quo colligi poſſit, uoluiſſe ipſum in ſtipulatione complecti id quod intereſt, tunc ſtipulatio iſta ſimpliciter accipitur, neque eo nomine debitor am pliùs grauari poteſt, niſi ut ipſius rei dominium faciat ſtipulatoris quoquomodo. l. ubi autem non apparet. §. ult. inf. eo. Eſt enim quòd ſtipulatori ipſi imputetur, cum is ſibi apertiùs legem dicere potuerit. Verùm ſi in hac ſtipulatione aliquid expreſſum ſit, ex quo probabiliter colligi poſſit eam fuiſſe mentem contrahentium, ut quod intereſſet ſolueretur, tunc licèt dari promiſſum fuerit, tamen quanti ſua intereſſet, ſtipulator conſequetur. Veluti ſi diem adiecerint, quæ non alia de cauſa poteſt uideri adiecta, niſi quia interſit potiùs illa die, quam alia accipere. Probatur hoc apertiſſimè ex
« l. ſi fundum. inf. eod. Si fundum certa die ſtipuler, & per promiſſorem ſteterit, quo
« minus ea die prҽſtetur, conſecuturum me quanti mea interfuerit moram factam non eſſe. Nec dicatur illo uerbo præſtari, traditionem ibi ſignificari, ſiquidem ut omittam fundum ibi in ſtipulationem ſimpliciter fuiſſe deductum, nulla præſtationis facta men- 14
tione, dico uerbum [illegible] generale eſſe, nec minùs dationem, quàm ſimplicem traditionem complecti. l. cùm de in rem uerſo. ff. de uſur. l. ſi inſulam. ff. locat. facitque l. ex empto. ff. de act. empt. ubi fruſtrà iuriſconſ. exprimeret ſe ibi præſtationem pro traditione accipere, niſi rectè poſſet præſtatio etiam ad dominij translationem referri. Huc ſpectat etiam l. quoties, & l. ſi pœnam. inf. eo. quæ proculdubio de ſtipulationibus dandi loquuntur, & tamen admittunt ſolutionem eius, quod intereſt, quia id contrahentes egiſſe ueriſſimile eſt. Atque hinc uidemus etiam in ſtipulationibus in litem iurari. l. in actionibus. §. planè. ff. de in lit. iur. Eadem ergo ratio
erit, & ſi partes in ſtipulationem id deducant, ex quo intelligant id, quod intereſt præ- 15
ſtari ſolere; quo fit, ut etiam ex ſtipulatione id peti poſſit; Quod luce clariùs nobis oſtenditur (dicant alij quicquid uelint) in l. cùm mota. C. de tranſact. ibi enim cum dixiſſet Alex. eum qui à lite diſceſſit diuerſam partem in id, quod intereſt rectè conuenire, idipſum probat hoc dilemmate. Aut enim (inquit) ſtipulatio conuentioni
« ſubdita eſt, & ex ſtipulatu actio competit, aut ſi omiſſa uerborũ obligatio eſt, utilis actio,
« quæ præſcriptis uerbis rem geſtam demonſtrat, danda eſt. Itaque cum utrunque caput huius dilemmatis illud idem ſpectet, quod de ſolutione eius, quod intereſt proximè dictũ fuerat, dubitandum non eſt, quin id, quod intereſt in utraque actione ueniat. Eſt enim locus regulæ. l. iam hoc iure. ff. de iuſt. & iur. & l. quamuis. C. de impub. & alijs ſubſtit. Neque uerò dici poteſt, ibi uerbo illo, ſuſcipere, non dationem, ſed traditionem ſignificari, nam